Über den Begriff des Besitzes und des Gewahrsams

in der Zivilprozeßordnung, Konkursordnung und dem Zwangsversteigerungsgesetz im Vergleich zum Bürgerl. Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- u. staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Emil Rey

aus Landau (Rheinpfalz).

ACAD. JUD. BAT. BIBL.

Speyer a. Rh.
Buchdruckerei Julius Kranzbühler & Cie., G. m. b. H.
1914.

Referent:
Professor Dr. Albrecht Mendelssohn-Bartholdy.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Literaturverzeichnis	I—IV
Einleitung	1—3
Der Begriff des Besitzes im geltenden materiellen Recht . .	4—8
Die Verwendung der Ausdrücke Besitz und Gewahrsam in der Z.-P.-O.	8—42
Die Verwendung des Ausdrucks Besitz im Z.-V.-G. . .	42—57
Die Verwendung der Ausdrücke Besitz und Gewahrsam in der K.-O.	57—70
Zusammenfassende Würdigung	70—74

Literaturverzeichnis.

I. Zum Bürgerlichen Gesetzbuch.[1])

a) Materialien:

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (amtl. Ausgabe 1888).
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (amtl. Ausgabe 1888).
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (amtliche Ausgabe).
Denkschrift zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1896).

b) Systematische Darstellungen:

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts (5. Aufl. 1910/12).
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts (1905).
Dernburg: Das Sachenrecht des deutschen Reiches und Preußens (3. Aufl. 1904).
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerliichen Rechts (1. u. 2. Auflage 1910).
Maenner: Sachenrecht (2. Aufl. 1906).

c) Kommentare und Handausgaben:

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (2. Aufl 1903).
Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten (2. Aufl. 1913)
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs (4. Aufl. 1905).
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch (3. Aufl. 1906).
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (7/8. Aufl. 1912).

d) Monographien:

Berg: Erwerb und Verlust des Besitzes (Diss. Rostock 1905).
Kreß: Besitz und Recht (1909).
Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes (Diss. Bonn 1909).
Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB (in Gruch. Beitr. Bd. 42 S. 648 f.)
Regelsberger: Der gerichtliche Besitzesschutz (in der Festschrift für die Gießener juristische Fakultät).
Strauß: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes (Diss. Rostock 1904).
Strohal: Sachbesitz des BGB (in Iherings Jahrbücher B. 38 S. 1 f.)
Wendt: Besitz und Besitzeswille (in der Festschrift für die Gießener juristische Fakultät).

II. Zur Zivilprozeßordnung.

a) Materialien:

Hahn: Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung (1880).
Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 8 (1898).

[1]) Die unter I—IV aufgeführten Werke werden mit dem Namen der Verfasser zitiert. Für die Gesetze werden die üblichen Abkürzungen gebraucht.

b) Systematische Darstellungen:

Fitting: Der Reichszivilprozeß (12/13. Aufl. 1907).
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1. Bd. 1903, 2. Bd. 1907).
Kisch: Deutsches Zivilprozeßrecht (2. Aufl. 1911).
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1. Bd. 1885).

c) Kommentare und Handausgaben:

1. zur Zivilprozeßordnung in der Fassung vor 1900:

Gaupp: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich (2. Aufl. 1890).
v. Wilmowski-Levy: Zivilprozeßordnung (4. Aufl. 1886).

2. zur Zivilprozeßordnung in der Fassung nach 1900:

Freudenthal: Zivilprozeßordnung (3. Aufl. 1910).
Neumiller: Die Zivilprozeßordnung (3. u. 4. Aufl. 1910).
Petersen-Remelé-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich (5. Aufl. 1904).
Reincke: Die deutsche Zivilprozeßordnung (5. Aufl. 1904).
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung (11. Aufl. 1913).
Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich (11. Aufl. 1913).
Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich (9. Aufl. 1910).
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung (12 Aufl. 1910).

d) Monographien und Aufsätze:

Meister: Die Gesetzgebung im Reich auf dem Gebiete des Zivilprozesses usw. (in der Rhein. Zeitschrift Bd. 5 S. 85 f.)
Derselbe: Die Veräußerung im Streit befangener Sachen und Abtretung rechtshängiger Ansprüche nach § 265 ZPO (in den Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausländischen Prozeßrecht Heft 5).
Mendelssohn Bartholdy: Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze (in Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung Bd. 73 S. 1 f. und S. 813 f. und Bd 75 S. 49 f.)
Derselbe: Zivilprozeßordnung und Code civile (in der Rhein. Zeitschrift Bd. 1 S. 177 f.)
Derselbe: Über einige zivilrechtliche Termini in der Zivilprozeßordnung (ebenda Bd. 4 S. 1 f.)
W. A. Müller: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts (1907).
Riedinger: Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers (Diss. Breslau 1903).
Roer: Der Besitz an gepfändeten Sachen nach dem Rechte des deutschen Reichs (Diss Breslau 1904).
Seufert: Kritisch-alphabetisches Verzeichnis der materiellrechtlichen Termini in den §§ 1—703, 935—945, 1025—1048 ZPO (in der Rhein. Zeitschrift Bd. 4 S. 56 f.)
Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung (1913).
Voß: Der Pfändungsakt als Besitzerwerb nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (in der Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs- und Kostenwesen Bd. 12 S. 123 f.)
Derselbe: Über die Belassung gepfändeter Sachen im Gewahrsam des Schuldners (ebenda Bd. 13 S. 50 f.)

III. Zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

a) Materialien:

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (amtliche Ausgabe 1889).

Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. V (1897).

b) Kommentare:

Jaeckel-Güthe: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (4. Aufl. 1912)

v. d. Pfordten: Kommentar zu dem Gesetze über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (1905)

Reinhard: Das Zwangsversteigerungsgesetz (1901).

IV. Zur Konkursordnung.

a) Materialien:

Hahn: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung (1881).

Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Band VII (1897).

b) Kommentare:

1. zu der Konkursordnung in der Fassung vor 1900:

v. Völderndorff: Die Konkursordnung für das deutsche Reich (2. Aufl. 1885).

2. zur Konkursordnung in der Fassung nach 1900:

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung (3. u. 4. Aufl. 1913).

Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das deutsche Reich.

Sydow-Busch: Konkursordnung (11. Aufl. 1911).

c) Systematisches Werk:

Hellmann: Lehrbuch des Konkursrechts (1907).

V. Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (zit. Gruch. Beitr. Bd. 1 S. 1).

Deutsche Juristenzeitung, begründet von Laband-Stenglein-Staub (zit. D.J.Z.)

Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft (zit. R.G. 50.325).

Jahrbuch des Deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann (zit. Neumann, Jahrbuch).

Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltvereins (zit. J. W. 08. 275).

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (früher für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (zit. Leipz. Zeitschrift.).

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, herausgegeben von Sörgel (zit. Recht 09 S. 20).

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan-Falkmann (zit. Rechtspr. der O.-L.-G.)

Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, herausgegeben von Kohler, Rabel, Mendelssohn Bartholdy, Pagenstecher (zit. Rhein. Zeitschrift. 1, 275).

J. A. Seufferts Archiv für Entscheidung der obersten Gerichte (zit Seuffert A.)

J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (seit 1914 mit der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern vereinigt). (zit. Seuffert, Bl. f. R.-A.)

Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch zit. Busch, Zeitschrift.)

Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs- und Kostenwesen (Fortsetzung der Zeitschrift für Gerichtsvollzieher (zit. Vollstreckungs-Zeitschrift, Bd. 12, 123).

Einleitung.

Auf Grund der Ermächtigung des Art. 4 Z. 13 der Reichsverfassung setzte der Reichsgesetzgeber durch die am 1. Oktober 1879 gleichzeitig in Kraft getretenen Gesetze, das GVG, die ZPO und die KO an Stelle der nebeneinanderstehenden und mannigfach unter sich abweichenden landesrechtlichen Prozeßordnungen eine einheitliche,[1]) für das ganze Reichsgebiet geltende Rechtsschutzordnung. Der Vereinheitlichung des Prozeßrechts entsprach aber nicht auch eine solche des materiellen Rechts, es blieben vielmehr unverändert die Landesgesetze in Geltung. Eine Folge davon war, daß die neuen Reichsgesetze, insbesondere die ZPO, die ja das buntscheckige Nebeneinander der materiellen Partikulargesetze umfassend beherrschen sollten, ihr Verfahren nicht auf ein einzelnes dieser Rechte zuschneiden durfte, sondern es vielmehr so auszustatten hatten, daß es allen in ihren Bereich gehörenden materiellen Gesetzen gerecht werden konnte. Um so mehr, als außer den Landesgesetzen auch noch ausländisches Recht nach dem Grundsatz der Prorogation (§ 38 ZPO f. a. F.) oder nach § 24 ZPO a. F. Gegenstand eines nach den Reichsprozeßgesetzen sich richtenden Verfahrens sein konnte.

Diese umfassende Geltung der genannten Gesetze äußerte ihre Wirkung auch auf dem Gebiet der Terminologie. Die ZPO[2]) wie die KO bedienten sich häufig materiellrechtlicher Begriffe, ohne eine ausdrückliche Definition zu geben oder sonstwie ersichtlich zu machen, wie sie den Begriff verstanden wissen wollten. Man war daher, um einen Ausgangspunkt zu gewinnen, genötigt, auf das materielle bürgerliche Recht zurückzugreifen. Unter dem bürgerlichen Recht haben wir aber, wie ausgeführt, nicht das Recht eines einzigen Gesetzes zu verstehen, sondern die Gesamtheit der unter die Herrschaft der reichsrechtlichen Rechtsschutzordnung fallenden Landesgesetze. Es mußte also zunächst der dieser Gesamtheit von Rechtssystemen gemeinsame Sinn des Rechtsbegriffs festgestellt werden. Von dem so Gewonnenen war auszugehen und da, entsprechend der sich erst entwickelnden gesetzgeberischen Technik, eine streng durchgeführte Terminologie in der ZPO und KO nicht ohne weiteres vorausgesetzt

[1]) die in dem Einführungsgesetz gemachten Vorbehalte tuen dem Prinzip keinen Eintrag.

[2]) vergl. hiezu Wach. S. 285.

werden konnte, bei jeder der in Betracht kommenden Vorschriften zu prüfen, ob sich die ratio des betreffenden Paragraphen mit dem gefundenen Begriff des außerprozessualen Rechts vertrug oder ob sie zu einer anderen Auffassung nötigte.

Ist nun hierin mit dem Inkrafttreten des BGB und der durch dieses Gesetz veranlaßten anderen Reichsgesetze und Novellen eine Änderung eingetreten?

Das BGB stellte unter Aufhebung des materiellen Landesrechts ein einheitliches materielles Reichsrecht an die Seite der einheitlichen reichsrechtlichen Rechtsschutzordnung. Damit war dem Gesetzgeber die Möglichkeit des engeren Anschlusses der Rechtsschutzordnung an das materielle Reichsrecht gegeben. Und in der Tat hat er sich, wie schon erwähnt, veranlaßt gesehen, mit Rücksicht auf das neue materielle Reichsrecht eine Reihe von Änderungen an der ZPO und an der KO[3]) vorzunehmen, weiter hat er in Anschluß an die einheitliche Regelung, die das Sachenrecht im BGB gefunden hat, die Regelung der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das unbewegliche Vermögen, die bis dahin den Landesgesetzen überlassen war, in den § 864 f. ZPO selbst vorgenommen und als Ergänzung zu diesen Vorschriften gemäß § 869 ZPO die Zwangsvollstreckung im Wege der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung in einem besonderen, aber mit der ZPO im innigsten Zusammenhang stehenden Gesetz, dem ZVG[4]) geordnet.

Es muß aber beachtet werden, daß das Landesrecht nicht ausnahmslos aufgehoben ist, sondern gemäß EG BGB Art. 55 f. in nicht unbedeutendem Umfange in seiner Geltung erhalten blieb und daß vor allem nach wie vor ausländisches materielles Recht Gegenstand eines reichsrechtlichen Verfahrens sein kann.

Man kann daher nicht sagen, daß seit 1900 im Gegensatz zu der Zeit von 1879—1900 sich die Rechtsschutzordnung einem einzigen, einheitlichen materiellen Recht gegenübersieht. Immerhin hat sich aber die Lage doch insofern verändert, als sich die zu berücksichtigenden materiellen Gesetzen an Bedeutung nicht wie vorher gleichstehen, sondern als unter ihnen eines, nämlich das BGB, eine überragende Stellung einnimmt.

[3]) vergl. die Entstehungsgeschichte der Novelle zur ZPO vom 17. Mai 1898 und zur KO vom gleichen Tage und hiezu Stein: Einleitung § 4, Jäger: Einl. I.

[4]) vom 24. März 1897 vergl. hiezu Stein zu § 869 und Vorbemerkung vor § 834 I. Jaeckel-Güthe S. 1.

Halten wir damit die Tatsache zusammen, daß es der Gesetzgeber für nötig befunden hat, seine prozessualen Gesetze mit Rücksicht auf das BGB in mannigfacher Hinsicht zu ändern, so liegt die Vermutung nahe, daß die Prozeßgesetze nicht wie vor 1900 unabhängig von den einzelnen materiellen Rechten sind und gewissermaßen über ihnen stehen, sondern daß sie den Prozeßgang vornehmlich mit Rücksicht auf das bedeutungsvollste materielle Recht, nämlich auf das BGB, regeln, und daß sie vor allem auch bei den materiellrechtlichen Begriffen, die sie gleichlautend mit dem BGB verwenden, von der Definition ausgehen, die das BGB geprägt.

Der Untersuchung der Frage über den Einfluß der materiellrechtlichen Reichsgesetzgebung von 1900 auf die Reichsprozeßgesetze in ihrer neuen Form hat Mendelssohn Bartholdy eine Reihe von Aufsätzen gewidmet und zwar in Seuff. Blätter f. R. A. B. 73 S. 1 f. 813 f. B. 75 S. 49 f. und in der Rhein. Zeitschrift B. 1. S. 177 f. B. 4 S. 1 f. Eine terminologische Untersuchung in dieser Hinsicht gibt Seuffert in der Rhein Zeitschrift B. 4 S. 56 f.

In der gleichen Richtung soll sich auch die vorliegende Arbeit bewegen. Sie hat die Aufgabe zu untersuchen, in welchem Sinne die ZPO, das ZVG und die KO den Ausdruck Besitz verwenden, ob sich bei dem Zusammenhalt der einzelnen Stellen ein gemeinsamer Begriff ergibt und ob und inwieweit sich zwischen dem Sprachgebrauch der genannten Prozeßgesetze und dem Besitzbegriff des BGB ein Zusammenhang herausstellt.

Außerdem soll auch noch die Bedeutung des dem BGB unbekannten, aber dem Besitz sehr nahestehenden Ausdrucks Gewahrsam in der ZPO und der KO[5]) einer Prüfung unterzogen werden.

Zu diesem Zweck werden wir zunächst den Besitzbegriff des BGB darzulegen haben. Daran schließt sich die Untersuchung über die Bedeutung der Ausdrücke Besitz und Gewahrsam in den einzelnen Verwendungen der ZPO, des ZVG und der KO[6]). Als Schluß sollen dann die Einzelergebnisse zusammenfassend gewürdigt werden.

[5]) Das ZVG kennt den Ausdruck nicht.

[6]) Es sei hier ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Untersuchung bei dem einzelnen sich ausschließlich auf die hier einschlägigen Fragen zu beschränken hat und alles andere bei Seite lassen muß.

Der Begriff des Besitzes im geltenden materiellen Recht.

Von jeher wurde von der Rechtsordnung die durch die tatsächliche Herrschaft der Rechtssubjekte über die Sachgüter nach außen erkennbar hervortretende Ordnung in der Verteilung derselben einer besonderen Beachtung gewürdigt. Es erschien von höchster Bedeutung für die Erhaltung des Rechtsfriedens diese tatsächlichen Beziehungen um ihrer selbst willen, ohne Rücksicht darauf, ob ihnen ein subjektives Recht entspricht oder nicht, gegen willkürliche Angriffe zu schützen. Auch erschien die rein tatsächliche Stellung bedeutsam genug, um an sie besondere Rechte und Pflichten für den Inhaber zu knüpfen.

Eine auf solche Weise ausgezeichnete tatsächliche Stellung bezeichnet die Wissenschaft gemeinhin mit Besitz und deren Inhaber mit Besitzer.

In dem für uns wichtigsten materiellen Gesetz, dem BGB, hat nun der Gesetzgeber seine Ansicht darüber, was er als Besitz anerkennt, in dem § 854–872 niedergelegt.

In großen Zügen ergibt sich hieraus folgendes Bild:

Als Besitzer wird zunächst, entsprechend der zu Grunde liegenden Idee, derjenige anerkannt, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat (§ 854). Das Gesetz schweigt sich darüber aus, was es unter tatsächlicher Gewalt versteht. Es muß also darüber die Verkehrsauffassung entscheiden. Die darnach notwendigen Erfordernisse im einzelnen zu erörtern, besteht für uns keine Veranlassung, es sei nur darauf hingewiesen, daß der Begriff weit über die ständige physische Einwirkung, (was einer streng wörtlichen Auslegung entspräche) hinausreicht.

Technisch bezeichnet man den durch die tatsächliche Gewalt getragenen Besitz mit „unmittelbarem Besitz".

Das Gesetz macht nun, entsprechend den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs, Ausnahmen von der oben dargelegten Regel.

Nach § 855 ist trotz der Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht Besitzer, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die

Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Besitzer, und zwar unmittelbarer Besitzer, ist vielmehr nur dieser andere ohne Rücksicht darauf, ob sich die Sache in seinem tatsächlichen Machtbereich befindet oder nicht.[1]) Derjenige, der die tatsächliche Gewalt ausübt, ist also ausdrücklich der Besitzerstellung beraubt, seine tatsächliche Beziehung zur Sache erscheint rechtlich einer Beachtung und eines selbständigen Schutzes nicht würdig. Sie äußert rechtliche Wirkungen nur zu Gunsten und Lasten desjenigen, für den die tatsächliche Gewalt ausgeübt wird.

Das zwischen den beiden Personen bestehende Über- und Unterordnungsverhältnis hat in der allgemein gebrauchten Bezeichnung „Besitzherr" und „Besitzdiener" einen treffenden Ausdruck gefunden.

Eine weitere Ausnahme enthält der § 868. Besteht nämlich zwischen zwei Personen ein Rechtsverhältnis derart, daß der eine dem anderen gegenüber auf Grund dieses Rechtsverhältnisses zum unmittelbaren Besitz einer Sache auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist, „so ist auch der andere Besitzer." Dieser letzteren Person ist also die Stellung eines Besitzers zuerkannt, obwohl von einer tatsächlichen Gewalt oder auch nur der Möglichkeit einer solchen in der Regel keine Rede sein kann. Dementsprechend hat das Gesetz selbst hierfür den Ausdruck „mittelbarer Besitzer" geprägt, während sich für den unmittelbaren Besitz der Ausdruck „Besitzmittler" eingebürgert hat.

Möglich ist, daß der Besitzmittler seinen unmittelbaren Besitz auf Grund eines dem § 868 entsprechenden Rechtsverhältnisses weiterüberträgt. Der Dritte hat dann den unmittelbaren Besitz als Besitzmittler des früheren Besitzmittlers, der dadurch zum mittelbaren Besitzer ersten Grades wird, während durch ihn dem ursprünglichen mittelbaren Besitzer sein mittelbarer Besitz, wenn auch im zweiten Grad, erhalten bleibt. (§ 871 BGB).

Wie sich unter solchen Umständen die Geltendmachung des Besitzesschutzes regelt, welche sonstigen Wirkungen der Besitz für die einzelnen Besitzer hat (vgl. z. B. § 1006, 825, 836), das alles im

[1]) vgl. R. G. 71 251: „Maßgebend für das Bestehen eines Besitzdienerverhältnisses ist nicht die ununterbrochene Möglichkeit der unmittelbaren tatsächlichen Einwirkung auf die Sache von Seiten des Besitzherrn, sondern das in § 855 BGB bezeichnete soziale Abhängigkeitsverhältnis, kraft dessen der Besitzherr die tatsächliche Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug ausübt."

einzelnen zu erörtern, würde aus dem Rahmen unserer Arbeit herausfallen.

Wichtig für uns ist der Standpunkt des Gesetzes in terminologischer Hinsicht. Die herrschende Meinung zieht aus der Bestimmung des § 868, daß der mittelbare Besitzer „auch Besitzer sei" in Übereinstimmung mit der Redaktionskommission die Folgerung, daß das Gesetz mit dem Ausdruck Besitz den mittelbaren Besitz im Zweifel mit umfassen will. Im Gegensatz hierzu vertritt z. B. Wendt die Ansicht, daß das Gesetz, wo es vom Besitz spricht, zunächst nur den unmittelbaren Besitz im Auge hat.[2])

Sei dem, wie es wolle, jedenfalls steht soviel fest, daß das Gesetz in dieser Richtung einen ausnahmslos durchgeführten Sprachgebrauch nicht enthält, sodaß man genötigt ist, bei jeder einzelnen Stelle aus der ratio der Vorschrift heraus zu prüfen, ob der mittelbare Besitz mitumfaßt sein soll oder nicht.

Nun kann aber der Besitz (der unmittelbare wie der mittelbare Besitz) noch besonders qualifiziert sein:

Von wesentlicher Bedeutung ist es, ob sich der Besitz als Eigenbesitz oder Fremdbesitz darstellt mit Rücksicht auf die besonderen Wirkungen, die das Gesetz dem Eigenbesitz beilegt (vgl. § 900, 927, 955, 836). Eigenbesitz hat nach § 872, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. Es ist daher auch ein Eigenbesitz begrifflich ausgeschlossen bei dem unmittelbaren Besitz des Besitzmittlers, wohl aber ist möglich, daß jemand zugleich Eigenbesitzer (als mittelbarer Besitzer höheren Grades) und Fremdbesitzer (als Besitzmittler) ist z. B. nach § 1052 Abs. 2 S. 2 BGB. Weiterhin ist möglich Mitbesitz nach § 866, in Gegensatz zu dem als Regel vom Gesetz angenommen und deshalb nicht eigens erwähnten Alleinbesitz, und Teilsachbesitz nach § 865.

Ein ganz eigenartiger Besitz ist der des Erben. Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben über oder mit anderen Worten, wie auf den Erben nach § 1922 BGB mit dem Tode des Erblassers dessen Vermögen übergeht, so tritt im gleichen Moment der Erbe in die Besitzposition ein, die bis dahin der Erblasser eingenommen hatte. Mehrere Erben erwerben den Besitz nebeneinander als Mitbesitzer. Erwerbsgrund dieses Erbenbesitzes ist also nicht etwa die Erlangung der tatsächlichen Gewalt oder einer sonstigen dieser gleichgestellten Beziehung zu den einzelnen Erbschaftssachen, sondern einzig und allein der Eintritt des Erbfalles. Es kann daher auch der Erbe,

[2]) vgl. Enneccerus-Wolff S. 20. A. 23.

da er wie gesagt, einfach an die Stelle des Erblassers rückt, in alle möglichen Arten einer besitzrechtlichen Position gelangen.

Den Rechtsbesitz kennt das BGB zum Unterschied vom früheren Recht nicht. Immerhin enthält es aber doch eine dem Rechtsbesitz sehr nahekommende Bestimmung in den § 1029, 1090, nach denen gegen Störungen in der Ausübung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit demjenigen, der das herrschende Grundstück besitzt oder die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ausübt, Besitzschutz gewährt wird.

Hat nun so das BGB ein einheitliches Besitzrecht ausgebildet, so hat es doch selbst wieder diese Einheitlichkeit in den verschiedensten Richtungen durchbrochen.

Allerdings nicht dort, wo es selbst maßgebend sein will. Denn nach Art. 180 EG finden auf die zur Zeit des Inkrafttreten des BGB bestehenden Besitzverhältnisse die Vorschriften des BGB Anwendung. Die hierin in Art. 191 EG von diesem Prinzip gemachten Ausnahmen dürften, da das Grundbuch mit geringen Ausnahmen überall eingerichtet ist, heute kaum mehr eine praktische Bedeutung haben, insbesondere auch noch deswegen, weil Abs. 2 des Art. 191 EG die Vorschriften des BGB zur Anwendung kommen läßt.

Anders liegt die Sache dagegen auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten.[3]) Hier steht es dem Landesrecht zu, zu bestimmen, was es als Besitz anerkennen und welche Folgen es an den Besitz knüpfen will.[4]) Auf diesem Weg kann auch der Rechtsbesitz zu größerer Bedeutung gelangen.

Ähnlich wirken auch die Grundsätze des Deutschen internationalen Privatrechts. Das EG spricht zwar von dem Besitz nicht ausdrücklich, es ist aber anzunehmen, daß der Besitz, seinem, den dinglichen Rechten nahekommenden Charakter entsprechend, unter die Regel des Art. 11 Abs. 2 mit Abs. 1 S. 1 fällt[5]), sodaß also über die Frage, ob ein Besitz entstanden ist, oder in welcher Weise der Besitz qualifiziert ist, das Gesetz des Ortes entscheidet, an dem sich die Sache zur Zeit der behaupteten Entstehung des Besitzes befunden hat.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß auch für das Besitzrecht im besonderen gilt, was wir oben allgemein aufgestellt haben, daß

[3]) vgl. z. B. Art. 58, 59, 62, 63, 65, 66, 67, 69, EG BGB.

[4]) „ z. B. Neumann Vorb. 3. Buch D. II. und Reichstagskommissions-Ber. Z. 41.

[5]) so auch z. B. Enneccerus-Wolff S. 61.

nämlich auch nach dem Inkrafttreten des BGB die Rechtsschutzordnung sich nicht einem einheitlichen materiellen Recht gegenübersieht, sondern auch fernerhin damit rechnen muß, daß die verschiedenartigsten Rechtssysteme Gegenstand eines ihr unterliegenden Verfahrens sein können. Wir werden daher im folgenden unser Augenmerk auch darauf richten müssen, ob und inwieweit die zu behandelnden Gesetze dieser Möglichkeit Rechnung getragen haben.

Die Verwendung der Ausdrücke Besitz und Gewahrsam in der Zivilprozeßordnung.

§ 6 (alt § 6[1]).

§ 6 enthält eine Beschränkung des in § 3 ausgesprochenen Prinzips der Streitwertfestsetzung. Während nämlich nach § 3 das Gericht den Streitwert in der Regel in der Weise festzusetzen hat, daß es den Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen bestimmt, hat es nach § 6 bei einer Klage, deren Streitgegenstand der Besitz ist, bei der also durch das Urteil über ihn entschieden werden soll[2]), nicht den Wert des Streitgegenstandes selbst, also des Besitzes, sondern den Wert der Sache, deren Besitz Gegenstand des Streites ist, seinem freien Ermessen zu Grunde zu legen.

Der gesetzgeberische Grund dieser Bestimmung ist darin zu finden, daß der Wert des Besitzes für den Kläger von seiner Dauer abhängig und daher auch nur mit einiger Sicherheit kaum zu ermitteln ist. Es erschien daher zur Erzielung möglichst gleichmäßiger Entscheidungen in dieser Richtung angezeigt, den Gerichten einen festeren Ausgangspunkt zu geben, wie es ja in der Tat der Wert der Sache selbst ist.[3])

Was aber unter dem Besitz zu verstehen ist, wann der Besitz Gegenstand eines Rechtsstreites sein kann, darüber sagt unsere Vorschrift nichts. Wir müssen daher die Antwort auf diese Fragen aus dem außerprozessualen, den Rechtsstreit beherrschenden materiellen Recht zu gewinnen suchen.

Wir haben uns deshalb zunächst dem BGB zuzuwenden und prüfen, ob alle Arten des Besitzes, die das BGB kennt, klagbar

[1]) Vorschriften, an denen die Novelle 98 einschlägige Änderungen vorgenommen hat, werden mit „geändert" bezeichnet.

[2]) vergl. Stein A. 1 zu § 3.

[3]) vergl. die Begründung des Entwurfs S. 50.

sind und ob sich bei allen diesen Klagen die Anwendung des § 6 aus der angegebenen ratio legis rechtfertigt.

Was die Klagbarkeit betrifft, so werden wir zwischen den einzelnen Klagearten unterscheiden müssen.

Die Leistungsklage geht auf eine Verurteilung des Beklagten dahin, daß er handelnd oder duldend mitzuwirken habe an der Erfüllung des von dem Kläger geltend gemachten Anspruchs, also hier an der Beschaffung des Besitzes für den Kläger. Es kann daher für eine Leistungsklage nur ein Besitz in Betracht kommen, dessen Entstehung davon abhängig ist, daß ein anderer handelnd oder wenigstens nicht hindernd tätig wird. Ein solcher Besitz ist nun zweifellos der unmittelbare Besitz, der durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt entsteht, was nur möglich ist, wenn der bisherige Gewaltinhaber freiwillig oder zwangsweise (durch Vollstreckung des Urteils) seine Herrschaft über die Sache aufgibt.

Der unmittelbare Besitz ist aber auch die einzige Besitzart des BGB, die begrifflich durch Leistungsklage geltend gemacht werden kann. Denn alle übrigen Besitzarten sind in ihrer Entstehung nicht von dem Willen eines anderen abhängig, sondern sind entweder sekundäre, aus gewissen rechtlichen Verhältnissen erwachsende Erscheinungen, (so der mittelbare Besitz, der jedem zusteht, der gegen den unmittelbaren Besitzer der Sache auf Grund eines dem § 868 BGB entsprechenden Rechtsverhältnisses einen Anspruch auf Herausgabe hat, oder der Erbenbesitz (§ 857), der dem Erben mit Eintritt des Erbfalles anfällt), oder sie hängen von dem Willen des Besitzers selbst ab wie der Eigenbesitz (872) und ebenso der Fremdbesitz. Für eine Verurteilung eines Dritten wäre bei allen diesen Besitzarten kein Raum, weil ein Beklagter, auf dessen Willen es ankäme, nicht denkbar ist.

Anders ist es bei der Feststellungsklage. Daß sie bei Besitzverhältnissen zulässig ist, ist allgemein anerkannt.[1]) Es ist aber dabei immer notwendige Voraussetzung, daß der Kläger an der alsbaldigen Feststellung des Besitzverhältnisses ein rechtliches Interesse hat (§ 256 ZPO). Das wird dann anzunehmen sein, wenn das Besitzverhältnis mit Rechtsfolgen verbunden ist und wenn noch dazu die Besitzerstellung ernsthaft streitig sein kann.

Beides liegt offenbar vor beim unmittelbaren Besitz, denn einerseits kann es sehr zweifelhaft sein, ob jemand eine tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, die ihm den unmittelbaren Besitz

[1]) vergl. Stein A II 1 z. § 256.

verschafft, und andererseits entspringen dem unmittelbaren Besitz mannigfache Rechtsfolgen z. B. der Besitzschutz nach § 861, 862 BGB oder die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB.

Das gleiche gilt für den Eigenbesitz, an den z. B. § 937, 836 BGB besondere Rechte und Pflichten knüpfen, die mit dem Fremdbesitz nicht verbunden sind.

An den mittelbaren Besitz als solchen knüpfen sich z. B. die Befugnisse des § 869 BGB oder die Vermutung des § 1006 Abs. 3 BGB. Trotzdem scheint der Klage auf Feststellung des mittelbaren Besitzes entgegenzustehen, daß richtiger auf Feststellung des Rechtsverhältnisses, dessen Folgeerscheinung der mittelbare Besitz nach § 868 ist, geklagt werde. Allein dem ist entgegenzuhalten, daß es sehr wohl möglich ist, daß über das Bestehen des Rechtsverhältnisses an sich kein Streit besteht, daß aber trotzdem von Seiten eines Vertragsteils oder eines Dritten der mittelbare Besitz bestritten oder behauptet wird. Wie zweifelhaft dies sein kann, lehrt uns ein Blick auf die Literatur über die Frage, welche Rechtsverhältnisse unter § 868 BGB fallen. Wir werden also unbedenklich die Feststellungsklage auch für den mittelbaren Besitz als zulässig erachten können.

Dagegen wird man mit Recht behaupten können, daß eine Feststellungsklage dahingehend, daß ein Erbe den Erbenbesitz nach § 857 BGB erlangt habe oder nicht, oder daß ein Nichterbe den Erbenbesitz erlangt oder nicht erlangt habe, bei der absolut zwingenden und eindeutigen Regelung des § 857 BGB wegen mangelnden rechtlichen Interesses zurückgewiesen werden müßte.

Die dritte Klageart, die Rechtsgestaltungsklage, kann hier nicht in Betracht kommen, denn niemals kann durch den Urteilsausspruch allein eine Änderung der bestehenden Besitzverhältnisse herbeigeführt werden, vielmehr kann die Wirkung eines Urteils in einem Rechtsstreit, der den Besitz zum Gegenstand hat, nur dahin gehen, entweder das Bestehen oder Nichtbestehen des behaupteten oder geleugneten Besitzverhältnisses bindend festzustellen oder den Kläger zu ermächtigen, den ihm zustehenden Anspruch auf Besitz einer Sache im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwirklichen.

Daß nun bei allen im vorstehenden als klagbar erkannten Arten des Besitzes eine sichere Schätzung des Wertes desselben mangels geeigneter Anhaltspunkte besondere Schwierigkeiten bietet, bedarf wohl keiner näheren Begründung. Aus dieser Tatsache dürfen wir die Folgerung ziehen, daß § 6 auch auf alle diese Klagen

Anwendung zu finden hat, weil nämlich die ratio legis auf alle gleichmäßig paßt und weil der Gesetzgeber nirgends zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Vorschrift des § 6 nur auf bestimmte Klagen besitzrechtlicher Art beschränken wollte.

Soll aber vielleicht § 6 in seiner Anwendbarkeit in der Weise beschränkt sein, daß er nur gegenüber denjenigen Besitzverhältnissen Geltung habe, die dem Bereich des BGB entstammen?

Das ist nicht anzunehmen. Denn es spricht dagegen einmal, daß bei einem Besitz, der auf einem anderen materiellen Recht als gerade dem BGB beruht, die gleichen Schwierigkeiten in der Wertbestimmung bestehen, wie bei dem aus dem BGB erwachsenen Besitz. Wenn also der Gesetzgeber für den *einen* die Sonderbestimmung gewollt hat, muß er es auch für den *anderen* wollen oder doch wenigstens seinen gegenteiligen Willen zum Ausdruck bringen, was nicht geschehen ist. Es spricht auch noch weiter gegen die Annahme einer auf ein ganz bestimmtes materielles Recht beschränkten Anwendbarkeit des § 6, daß *vor* 1900 zweifellos davon keine Rede sein konnte[5]) und daß eine Änderung des Standpunktes in keiner Weise zu Tage getreten ist, hat doch die Novelle 1898 unsere Vorschrift ganz unberührt gelassen.

Man kann daher mit gutem Grunde behaupten, daß der § 6 nicht auf ein bestimmtes materielles Recht abstellt, sondern daß er auf alle materiellen Rechte, die ihm gegenübertreten können, gleichmäßig zur Anwendung zu kommen hat.

Zu erwägen bleibt noch, ob nicht der § 6, wenn er auch nur vom Besitz an *Sachen* spricht, doch analoge Anwendung zu finden hat auf den Besitz an einem *Recht*, der ja, wie oben ausgeführt ist, in den aufrechterhaltenen Landesgesetzen und in ausländischen Gesetzen vorkommen und daher auch Gegenstand eines Verfahrens nach der ZPO sein kann.

Da die legislativen Gründe, die die Ausnahmebestimmung des § 6 gegenüber dem *Sachbesitz* veranlaßt haben, genau so auch gegenüber dem *Rechtsbesitz* vorliegen, dürfte die Frage mit *Stein*[6]) und *Reincke*[7]) zu bejahen sein.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß § 6 unter Besitz jedes direkte oder indirekte tatsächliche Verhältnis zu einer Sache oder jedes diesen gleichgestellte Verhältnis zu einem Recht versteht,

[5]) vergl. unsere Einleitung.
[6]) A I. 2. Abs. 3 zu § 6.
[7]) A 1 a zu § 6.

das nach dem zugrunde liegenden materiellen Recht Gegenstand einer Leistungs- oder Feststellungsklage sein kann.

Die Kommentare äußern sich über die Frage nach dem Begriff des Besitzes nicht im einzelnen, scheinen aber alle auf dem hier entwickelten Standpunkte zu stehen, da sie den Begriff im weitesten Sinn verstanden wissen wollen.[8]) Der gleichen Ansicht ist auch das Reichsgericht.[9])

Der abweichende Standpunkt von Wach[10]) beruht nicht auf einer abweichenden Auffassung des Besitzbegriffes, sondern auf einer anderen Beurteilung der Frage, wann der Besitz als Gegenstand des Streites anzusehen ist.

§ 24 Abs. 1 (alt § 25 Abs. 1).

Die ZPO gibt keine Definition des von ihr in § 24 gebrauchten Ausdrucks „Besitzklage" und auch dem materiellen Recht ist er fremd.

Wenn nun auch die gemeinrechtliche Wissenschaft die possessorischen Interdikte mit Besitzklage zu bezeichnen pflegt, so können wir daraus doch nicht ohne weiteres schließen, daß das Wort „Besitzklage" in § 24 in diesem Sinn zu verstehen sei.

Gehen wir aber vom gewöhnlichen Sprachgebrauch aus, so wird die Qualifizierung einer Klage als Besitzklage dahin zu deuten sein, daß der Besitz in ihr eine so beherrschende Rolle spielt, daß darin ein hervorstechendes und unterscheidendes Charakteristikum der Klage erblickt werden muß. Das ist dann möglich, wenn der Besitz hauptsächlicher Klagegrund oder hauptsächliches Klageziel ist.

Soll nun das Wort Besitzklage in § 24 die beiden Möglichkeiten umfassen oder meint es nur eine der beiden und dann welche?

Vielleicht kann der legislative Grund dieser Vorschrift darüber Klarheit schaffen.

Wie die dem Entwurf beigegebene Begründung S. 58/59 ausführt, rechtfertigt sich die Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes für die Klagen des § 25 (alt) durch die Gründe des internationalen Rechts und durch die Erwägung, daß eine richtige Würdigung und eine sichere Feststellung der Rechtsverhältnisse des Grund-

[8]) vgl. z. B. Stein A. 2, Struckmann-Koch A. 1. Reincke A 1a, Sydow-Busch A. 3 F.

[9]) vgl. R. G. 61, 92.

[10]) Wach I S. 385 f. u. A. 55.

eigentums vorzugsweise von dem Richter der belegenen Sache zu erwarten ist.[1]) Die Klagen des § 24 werden also deswegen dem Richter der belegenen Sache ausschließlich zugewiesen, weil er die sachlichen und rechtlichen Verhältnisse, die die Unterlage der Klagen, oder anders ausdrückt, den Klagegrund bilden, am besten und sichersten beurteilen kann. Daraus werden wir folgern dürfen, daß § 24 nur diejenigen Besitzklagen im Auge hat, deren hauptsächliche Klagegrund der Besitz ist, denn wenn der Besitz nur Klageziel ist, der Klagegrund dagegen irgend ein Rechtsverhältnis wie z. B. ein Kauf, aus dem erst der Anspruch auf dem Besitz erwächst, so besteht keine Veranlassung, als Prozeßrichter, der ja mit der Verwirklichung des zuerkannten Anspruchs nichts mehr zu tun hat, den Richter der belegenen Sache zu bevorzugen.[2])

Wann aber und welcher Besitz eines Grundstücks geeignet ist, einen Klageanspruch zu begründen, das bestimmt nicht die ZPO, die sich jeder Regelung dieser Frage enthält, sondern allein das materielle Recht. Bei solchen Klagen wird § 24 immer zur Anwendung zu kommen haben, denn immer wird der Richter der belegenen Sache das Streitverhältnis sicherer und besser beurteilen können als irgend ein anderer.

§ 24 versteht also unter Besitz jedes direkte oder indirekte tatsächliche Gewaltverhältnis über ein Grundstück, das nach dem in Betracht kommenden materiellen Recht einen selbständigen Schutz genießt.

In Betracht kommt aber in dem deutschen Prozeß nur deutsches materielles Recht, da die unbewegliche Sache im Geltungsbereich des deutschen Prozesses — und daher auch des deutschen Zivilrechts — liegen muß und da nach den Grundsätzen des deutschen internationalen Privatrechts (Art. 11 Abs. 2 EG BGB) für Rechte an der Sache, einschließlich des Besitzes, die lex rei sitae gilt.[3])

Das geltende deutsche materielle Recht ist aber das des BGB, aus dem sich im einzelnen Folgendes ergibt:

Das BGB gewährt dem Besitzer eines Grundstückes als solchen einen klagbaren Anspruch nach § 861 wegen Entziehung und

---

[1]) vergl. auch Hellwig II S. 234.

[2]) Im Ergebnis ausdrücklich ebenso Stein A. III 4 zu § 24 und Reincke A. I 2b. Offenbar gehen aber auch Seuffert, Struckmann-Koch, Sydow-Busch und Frendenthal in ihren einschlägigen Erläuterungen zu § 24 davon aus, daß der Besitz der Klagegrund sein müsse.

[3]) vergl. Cosack BGB § 184 Zusatz I u. § 194 Zusatz zu Abschnitt II.

nach § 862 wegen Störung des Besitzes. Besitzer ist zunächst der unmittelbare Eigen- oder Fremdbesitzer. Aber auch der mittelbare Besitzer hat diesen Anspruch, allerdings modifiziert durch § 869. Auch derjenige, der durch Erbfall nach § 857 Besitzer des Grundstücks geworden ist, hat die Möglichkeit, seinen Besitz nach § 861, 862 gegen Eingriffe Dritter zu schützen.[4]) Weiterhin gewährt das BGB den Schutz des § 861, 862 auch dem Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer eingetragenen Grunddienstbarkeit (1029 BGB, EG. BGB 191) und dem Berechtigten in der Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (1090 Abs. 2. BGB), sodaß auch diese Klagen als Besitzklagen anzusehen sind, die unter § 24 ZPO fallen.

Nun weist aber Hellwig, Lehrbuch II S. 234, und es wird ihm darin beizutreten sein, darauf hin, daß auch bei Klagen auf Feststellung des Besitzverhältnisses dieses Besitzverhältnis den Klagegrund bildet.[5]) § 24 ZPO müsse deshalb auch bei diesen Klagen zur Anwendung kommen, weil der Zweck dieser Vorschrift bei einem Streit über die Frage, wer der Besitzer des Grundstückes ist, von ganz besonderer Bedeutung sei.

Eine Erweiterung der Anwendbarkeit des § 24 schafft aber das BGB durch die im EG[6]) ausgesprochene Aufrechterhaltung des Landesrechts für gewisse Rechte an Grundstücken. Es hängt in diesen Fällen die Anwendbarkeit des § 24 davon ab, daß das Landesrecht dem betreffenden Recht den Charakter einer unbeweglichen Sache verleiht.[7]) Die hier hauptsächlich interessierende Besitzklage hat noch zur besonderen Voraussetzung, daß das Landesrecht einen Besitz an diesen Rechten anerkennt.[8])

§ 26 (alt § 27).

Unsere Vorschrift bestimmt, daß persönliche Klagen, die sich gegen den Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen richten, bei dem Gericht erhoben werden können, in dessen Bezirk die Sache belegen ist. Es handelt sich also um Klagen, bei denen der Beklagte durch seinen Besitz passiv legitimiert wird. Die Beurteilung der Besitzverhältnisse an der unbeweglichen Sache spielt

[4]) Nicht zu verwechseln mit seinem Anspruch gegen den Erbschaftsbesitzer (§ 27 ZPO).

[5]) s. auch Stein A. IV 2a zu § 256 ZPO.

[6]) z. B. EG BGB 63, 67 f.

[7]) vergl. Stein A. II Seuffert A. 1 zu § 24.

[8]) vergl. Motive z. BGB III S. 191.

daher eine entscheidende Rolle und es erschien deshalb aus den bei § 24 dargelegten Gründen[1]) geboten, diese Klagen — wenn auch nicht ausschließlich, so doch fakultativ — dem Richter der belegenen Sache zuzuweisen.

In welchem Falle aber der Besitz als solcher zu einer Klage passiv legitimiert und welche Art von Besitz hiezu erforderlich ist, das regelt nicht die ZPO, sondern das sagt uns ausschließlich das geltende materielle Recht.[2]) Der Begriff des Besitzes im § 26 ist daher kein selbständiger, sondern er empfängt seinen Inhalt aus dem materiellen Recht.[3]) Darüber herrscht Übereinstimmung, wenn auch lebhafter Streit darüber besteht, in welchen Fällen nach dem einschlägigen materiellen Recht[4]) der Besitzer passiv legitimiert erscheint.

§ 27 (geändert, alt § 28).

Die Begründung zur Novelle 98 S. 84 führt aus, die Änderung des § 28 ZPO alt habe keine sachliche Bedeutung, sie sei vielmehr nur dadurch veranlaßt, daß nach BGB § 2018 f. der Erbschaftsanspruch nicht sowohl das Erbrecht selbst als vielmehr die Pflicht des Erbschaftsbesitzers zur Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten betrifft.

Die Änderung des § 27 steht daher im engsten Zusammenhang mit den speziellen Vorschriften des BGB über die Ansprüche des Erben gegen die Erbschaftsbesitzer.

Daraus ist zu schließen, daß der neu aufgenommene Begriff des Erbschaftsbesitzers in § 27 ZPO in der gleichen Bedeutung verwendet wird wie in dem § 2018 f des BGB.[1]) Dafür spricht weiter auch noch der Umstand, daß die Novelle es unterlassen hat, den neu aufgenommenen Begriff irgendwie zu definieren und die Ansprüche zu bestimmen, die der Erbe gegen den Erbschaftsbesitzer hat, was doch sehr nahe gelegen hätte, wenn in § 27 eine Abweichung von den entsprechenden Bestimmungen des BGB beabsichtigt gewesen wäre.

Es fragt sich nun, ob der Gesetzgeber dadurch, daß er den

[1]) s. Begründung d. Entw. S. 59.

[2]) vergl. hiezu die Ausführungen zu § 24.

[3]) vergl. z. B. Stein A. II

[1]) Da das BGB denjenigen, der die Erbschaft durch Vertrag von dem Erbschaftsbesitzer erwirbt, im Verhältnis zum Erben dem Erbschaftsbesitzer gleichstellt, so fällt auch die Klage des Erben gegen diesen Erbschaftserwerber unter § 27 ZPO (vgl. Stein A. III 2 zu § 27).

einem ganz bestimmten materiellen Recht eigentümlichen Ausdruck übernahm, eine Ausnahme statuieren wollte von der Regel, daß der Richter nach dem geltenden Prozeßrecht (lex fori) auch dann zu verfahren habe, wenn das für das abzuurteilende Rechtsverhältnis maßgebende Recht (lex rei) das Recht eines ausländischen Staates oder ein aufgehobenes inländisches Recht ist[2]), oder ob der Gesetzgeber zur Angleichung der Prozeßvorschrift an den Sprachgebrauch des BGB nur durch die Erwägung veranlaßt wurde, daß dem weitaus überwiegenden Teil der Prozesse das materielle Recht des BGB zu Grunde liegt.

Folgen wir der ersten Alternative, so sind wir genötigt anzunehmen, daß § 27 keine Anwendung findet, wenn vor dem deutschen Gericht die Ansprüche eines Erben gegen einen falschen Erben auf Grund eines anderen materiellen Rechts als dem des BGB erhoben werden[3]), es würde also in einem solchen Falle eine Lücke im Gesetz eintreten, die vor 1900 nicht bestanden hat, da der § 28 alt unter Erbrechte alle Ansprüche des Erben gegen den falschen Erben verstanden wissen wollte[4]), gleichgültig aus welchem materiellen Recht sie erwuchsen.

Nun ist aber doch die durch die Novelle bewirkte Angleichung zu allgemein gehalten, um darauf eine solche Änderung stützen zu können, zumal wo die Begründung des Entwurfs S. 84 ausdrücklich hervorhebt, daß die Änderung des § 28 keinerlei sachliche Bedeutung hat.

Man kann daher wohl mit Recht annehmen, daß § 27 ZPO auch gegenüber ausländischem und partikulärem materiellem Recht zur Anwendung zu kommen hat. Es sind dann, wie Hellwig Lehrb. II § 102b sagt, alle Ansprüche hierher zu zählen, die gegen einen Nichterben entstehen, weil er, sich das Erbrecht zuschreibend, das Recht des Erben verletzt hat.

§ 76 (geändert alt 73).

Wie die Begründung zur Novelle 98 S. 77 ausführt, entspricht die veränderte Fassung des Abs. 1 und Abs. 3 unseres Paragraphen den Vorschriften, die das BGB für den Besitz getroffen hat. Man ging dabei offenbar von dem Gedanken aus, daß die mehr farblose Ausdrucksweise „im Namen eines anderen besitzen",

[2]) vergl. Hellwig Lehrbuch I § 5 II.
[3]) vergl. EG BGB Art. 25. 213.
[4]) vergl. Gaupp 2. Aufl. A. II A. 1 zu § 28.

die die alte ZPO notgedrungen gegenüber dem buntscheckigen materiellen Rechte ihres Herrschaftsgebietes wählen mußte, nicht mehr veranlaßt ist, nachdem an Stelle der partikulären Gesetzgebung ein einheitliches materielles Reichsrecht getreten ist. Es erschien unter diesen Umständen unbedenklich, ausdrücklich auf die im BGB dem Besitzverhältnis eines im Namen eines anderen Besitzenden gegebene Regelung Bezug zu nehmen und die dort dafür geprägten Begriffe auch in der ZPO zu verwenden.

Daraus ergeben sich zwei Folgerungen:

einmal haben die in unseren Paragraphen verwendeten besitzrechtlichen Begriffe (der „mittelbare Besitzer" und „der Besitzer, der auf Grund eines Rechtsverhältnisses der in § 868 BGB bezeichneten Art zu besitzen behauptet" = Besitzmittler) keinen selbständigen Inhalt, sondern sind identisch mit den Begriffen des BGB. Es erübrigt sich daher für uns eine Untersuchung im Einzelnen[1]) (Auch darüber enthält sich die ZPO jeder Regelung, wann der Besitzmittler für eine Klage auf Grund seines Besitzes passiv legitimiert ist; maßgebend ist auch hiefür das materielle Recht,)[2])

zum anderen lassen die oben dargelegten Gründe, aus denen heraus die Änderung der Nov. erfolgte im Zusammenhalt mit der Tatsache, daß der § 76 ein Besitzverhältnis im Auge hat, das nicht etwa aus einer neuen und eigenartigen Regelung des BGB entstanden ist, sondern das in seinem wesentlichen Inhalt jedem materiellen Rechte bekannt sein wird, den Schluß zu, daß § 76 trotz der ausdrücklichen Bezugnahme auf eine ganz bestimmte Vorschrift des BGB nicht nur dann angewendet werden soll, wenn das BGB als materielles Recht dem Rechtsstreit zu Grunde liegt, sondern auch dann Anwendung zu finden hat, wenn gegen den Besitzer Ansprüche auf Grund eines aufrechterhaltenen materiellen Landesrechts erhoben werden[3]) und der als Besitzer Verklagte eine den § 868 BGB entsprechende Stellung gegenüber einem Dritten einnimmt.[4])

Die Kommentare äußern sich zu den hier behandelten Fragen nicht ausdrücklich, lassen aber auch keine entgegengesetzte Meinung erkennen.

---

[1]) s. hiezu z. B. Stein A. II 2 zu § 76.

[2]) vergl. § 26.

[3]) vergl. Seuffert A. 2a zu § 76.

[4]) So auch Seufert Rhein. Ztschrift Bd. 4 S. 81.

§ 131, 134, 142, 143, 421, 423, 424, Nr. 4, 425, 426, 428, 430, 432, 441 Abs. 3 u. 4, 501, Nr. 1 588 Absatz 2.[1])

Die hier zu behandelnde Gruppe von Paragraphen gehört zu den Vorschriften, die die Vorlegung von Urkunden zum Gegenstand haben.

Terminologisch interessant ist die Tatsache, daß zur Bezeichnung des gleichen Tatbestandes zwei Ausdrücke nebeneinander verwendet werden: nämlich „in Händen haben" und „besitzen". Daß diese Ausdrücke gleichbedeutend sind, ergibt sich ohne weiteres aus den Vorschriften selbst, vergl. nur § 142 mit 143 oder besonders deutlich § 421 mit 424 Nr. 4, wo es sich natürlich in beiden Paragraphen um die gleiche Behauptung der beweisführenden Partei handeln muß Gleicher Ansicht sind übrigens auch die Kommentare, die in ihrer Erläuterung zu unseren Paragraphen die Ausdrücke „in Händen haben" und „besitzen" ohne Unterschied verwenden; z. B. sagt Struckmann-Koch bei § 134 „die Vorlegung von Stammbäumen usw. kann auch verlangt werden, wenn sie nicht „im Besitz" der Partei sind" und bei § 143: „die Befugnis des § 143 bezieht sich nur auf die „in Händen" der Partei befindlichen Akten"; er gebraucht also die Ausdrücke gerade umgekehrt wie das Gesetz.

Für uns ist nun die wesentliche Frage, was die Vorschriften unter dem „in Händen haben" bezw. „besitzen" verstehen.

Der Gesetzgeber ist in dem hier zu behandelnden Paragraphen offensichtlich von dem Gedanken ausgegangen, daß einer Partei die Vorlegung einer Urkunde billigerweise nur dann zugemutet werden kann, wenn sie ohne erhebliche Schwierigkeiten dazu im Stande ist. Die Partei soll daher, von sonstigen Voraussetzungen abgesehen, nur dann zur Vorlegung verpflichtet sein, wenn sie die Urkunde „in Händen" hat. Der anschauliche Ausdruck ist dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entnommen und bedeutet dasselbe wie „in seiner tatsächlichen Gewalt" haben. In die Sprache des BGB übertragen, entspräche also in Händen haben dem „unmittelbaren Besitz". Das Ergebnis scheint in der Tat entsprechend und die Kommentare vertreten, denn auch soweit sie sich dazu ausdrücklich äußern, den Standpunkt, daß das Gesetz mit „in Händen haben" und „besitzen" den unmittelbaren Besitz im Sinne des BGB meine: so Seuffert zu § 421 und 430 Neumiller zu § 421 und ausführlicher Stein A. I 1 zu 422.

Es fragt sich aber doch, ob wir der Absicht des Gesetzes genügen,

[1]) Die Änderung der Novelle bei 426 (alt 391) schlägt nicht ein. § 501 ist durch die Novelle 1909 neu eingefügt.

wenn wir sagen, eine Vorlegungspflicht besteht nur für die Partei die die Urkunde in unmittelbaren Besitz hat. Bei dieser Auffassung könnte die Vorlegung dann nicht verlangt werden, wenn die Partei nur den mittelbaren Besitz an der Urkunde hätte, es fände daher auch der § 427 auf sie keine Anwendung und es bliebe dem Gegner nichts anderes übrig, als gegen den unmittelbar besitzenden Dritten nach § 429 mit Klage vorzugehen.

Diese Verschiebung in der Stellung der Parteien wird man dort rechtfertigen können, wo der unmittelbare Drittbesitzer ein selbständiges Recht zum Besitz der Urkunde gegenüber dem mittelbaren Besitzer hat, denn in solchem Falle ist der mittelbare Besitzer rechtlich nicht besser gestellt als irgend ein Dritter und es ist daher durchaus angemessen, wenn demjenigen die Verfolgung des Vorlegungsanspruches auferlegt wird, in dessen Interesse die Vorlegung erfolgt. Ganz anders ist es aber dann, wenn, was in der Regel bei Urkunden der Fall sein wird, der unmittelbare Drittbesitzer dem mittelbaren Besitzer gegenüber nur zum Besitz *verpflichtet*, nicht aber berechtigt ist wie z. B. der Verwahrer, der die in Verwahrung gegebene Sache nach § 695 BGB auf bloße Aufforderung hin dem Hinterleger zurückzugeben hat. Hier wird der an sich vorlegungspflichtigen Partei durch das Dazwischentreten eines unmittelbaren Besitzers die Vorlegung nicht nennenswert erschwert, es bedarf ja nur eines Verlangens von ihrer Seite um die Urkunde wieder in die Hand zu bekommen. Das mag für manchen oft eine kleinere Mühe sein, als wenn er die Urkunde bei sich in irgend einem Winkel aufstöbern muß. Es besteht also kein Grund bei solcher Sachlage die Vorlegungspflicht der „besitzenden" Partei zu leugnen und dadurch den Gegner in eine zweifellos schwierigere Situation zu bringen, vor allem auch noch aus der Erwägung heraus, daß bei gegenteiliger Auffassung Schikanen Tür und Tor geöffnet wird.

In terminologischer Beziehung ergibt sich hieraus Folgendes:

1. Die ZPO verwendete in den hier behandelten Vorschriften zur Bezeichnung der gleichen tatsächlichen Beziehungen zu einer Sache zwei Ausdrücke: „in Händen haben" und „besitzen".

2. *Besitzer* ist aber jeder, der die vorzulegende Urkunde in seiner tatsächlichen Gewalt hat oder sich die tatsächliche Gewalt ohne weiteres verschaffen kann. Das Wort „besitzen" ist also *nicht* entsprechend der Terminologie des BGB verwendet, sondern es ist damit gemeint der unmittelbare Besitz in vollem Umfang, der mittel-

bare[2]) Besitz dagegen nur insoweit als der Besitzmittler zum Besitz nicht berechtigt, sondern nur verpflichtet ist.

§ 266 (alt 237).

§ 266 ist eine Ausnahmevorschrift gegenüber dem § 265 Abs. 2. Während nach § 265 Abs. 2 die Prozeßpartei, die durch Veräußerung der im Streit befangenen Sache oder durch die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs eigentlich ihre Sachlegitimation verloren hat, dessen ungeachtet in ihrer Parteirolle festgehalten wird und ihr Rechtsnachfolger nur mit Zustimmung des Gegners an ihre Stelle treten kann, bestimmt § 266, daß im Falle der Veräußerung eines Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners sogar verpflichtet ist, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, an Stelle seines Rechtsvorgängers zu übernehmen.

Voraussetzung ist dabei folgendes:

1. Es muß ein Rechtsstreit anhängig sein über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtes, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird (also die sogenannten subjektiv-dinglichen Rechte (z. B. BGB § 1018 f., § 1094 Abs. 2, § 1105 Abs. 2) oder einer Verpflichtung, die auf einem Grundstück ruhen soll (also die dinglichen Belastungen z. B. BGB § 1012 f., § 1018 f., § 1030 f., § 1090 f.)

2. Parteien des Rechtsstreites sind der „Besitzer" des Grundstücks und ein Dritter.

3. Das Grundstück wird während des Prozesses veräußert.

Liegen diese Voraussetzungen vor, dann soll der Rechtsnachfolger des Veräußerers (ein anderer kann ja nach der Wortfassung des § 266 nicht in Betracht kommen[1]) an Stelle des „Besitzers" des Grundstücks in den Rechtsstreit eintreten.

Der Grund hiefür liegt darin, daß infolge der Rechtsnachfolge in das Recht des Veräußerers die Sachlegitimation auf den Rechtsnachfolger übergegangen ist. Nun war aber vor der Veräußerung der „Besitzer" des Grundstücks in dem Rechtsstreit sachlich legitimiert. Daraus folgt, daß der neue Sachlegitimierte in des „Besitzers" Rechtsstellung nachgefolgt sein muß, denn nur dann kann die „Rechtsnachfolge" seine bisherige Stellung berühren. Mit anderen Worten: Der „Veräußerer" des Grundstücks und der „Besitzer" des

[2]) Die Kommentare enthalten darüber nichts.

[1]) So auch z. B. Stein, der in A. I zu § 266 sagt: „§ 266 setzt voraus, daß das Grundstück veräußert wird, während zwischen dem veräußernden Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit besteht."

Grundstücks ist ein und dieselbe Person. Der „Besitzer" des Grundstücks muß also nicht nur sachlich legitimiert sein im Rechtsstreit über ein Recht, das für ein Grundstück besteht oder auf ihm lastet, sondern er muß auch berechtigt sein, das Grundstück selbst zu veräußern. Veräußern heißt aber rechtlich verfügen. Eine rechtliche Verfügungsgewalt über ein Grundstück gewährt aber nicht der Besitz im technischen Sinn als solcher, sondern nur das Eigentum. Wir haben also hier den interessanten Fall, daß der § 266 den Ausdruck „Besitzer" nicht im technischen Sinn gebraucht zur Bezeichnung desjenigen, der die tatsächliche Herrschaft über das Grundstück hat, sondern im laienhaften, so wie etwa das Volk sagt „Hausbesitzer" und darunter — juristisch-technisch gesprochen — den Eigentümer versteht.

Zum gleichen Ergebnis kommt ausdrücklich Seufert, Rhein. Zeitschr. 4 S. 81: „Besitzer im § 266 ist nicht Besitzer im technischen Sinne, sondern der Eigentümer, wie ja vielfach in den älteren Gesetzen der Grundstückseigentümer durchaus Besitzer genannt wird." Ebenso spricht auch RG 40. 337 nur vom Eigentümer.

Auch Seuffert, Struckmann-Koch, Reincke und Freudenthal stimmen damit überein, daß der Ausdruck „Besitzer" nicht im technischen Sinn zu fassen ist. Nach ihnen ist unter Besitzer in unserer Vorschrift zu verstehen, wer als Eigentümer, als dinglich Berechtigter oder als Besitzer aktiv und passiv zum Prozeß über das Recht oder die Verpflichtung legitimiert ist. So z. B. Seuffert Anm. 3 zu § 266, der in Anm. 4 hinzufügt: „Unter Veräußerung im Sinne des § 266 ist im Gegensatz zu § 265 nur derjenige Rechtsübergang zu verstehen, durch welchen der Besitzer (s. A. 3) die Aktiv- oder Passivlegitimation verliert;" das wird aber, wie oben ausgeführt ist, nur ein Rechtsübergang sein können, den der „Besitzer" selbst nicht auf Grund seines „Besitzes", sondern auf Grund seines Rechtes bewirkt hat.

Es braucht daher auch nicht untersucht zu werden, inwieweit Meister beigetreten werden kann, der S. 39 Anm. 11 behauptet: „Wie in § 265 Sache nicht bloß als Eigentum, sondern als Recht an der Sache, so ist auch in § 266 unter Grundstück jedes dingliche Recht am Grundstück zu verstehen." Denn auch hier kann als „Besitzer" des Rechts nur derjenige in Betracht kommen, der über das Recht selbst gültig verfügen kann.

§ 325 Abs. 1 (neu) und § 727 (geändert alt 665).

Der durch die Novelle 1898 neu eingefügte § 325 sagt in dem hier zu behandelnden Teil: „Das rechtskräftige Urteil wirkt für

und gegen diejenigen Personen, welche nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit den Besitz der im Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist.

Was mittelbarer Besitz ist und was unter dem Besitz zu verstehen ist, der den mittelbaren Besitz zur Entstehung bringt, darüber enthält die ZPO nichts. Es ist aber aus der Tatsache, daß das BGB die Bezeichnung des mittelbaren Besitzverhältnisses neu geschaffen hat und daß die Novelle, die im Hinblick auf das BGB erfolgte, sich des dort gebrauchten neu geschaffenen technischen Ausdrucks bedient, mit Sicherheit zu schließen, daß mit dem Ausdruck auch die demselben gegebenen Definition aus dem BGB in unseren Paragraphen übernommen werden sollte. Darüber besteht kein Streit.[1])

Nun ist aber das Besitzverhältnis, das das BGB mit mittelbarem Besitz bezeichnet, kein gerade dem BGB besonders eigentümliches Institut, es wird vielmehr jeder materiellen Rechtsordnung, wenigstens in den Grundzügen übereinstimmend, bekannt sein. Man wird deshalb auch annehmen müssen, daß die Bezugnahme auf eine Legaldefinition des BGB nicht die Wirkung haben soll, daß der § 325 nur Anwendung finden darf, wenn ein auf Grund des BGB entstandenes mittelbares Besitzverhältnis in Frage steht, sondern daß § 325 auch dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn ein dem § 868 entsprechendes Besitzverhältnis auf Grund eines aufrecht erhaltenen partikulären oder eines ausländischen materiellen Rechts vorliegt.[2])

Die Frage, ob auch ein anderer als der Besitzmittler nach § 868 oder der Besitzdiener der Rechtskraftwirkung unterliegt, wird von § 325 nicht berührt und ist daher hier nicht zu untersuchen.

Zu der Änderung, die die Novelle 1898 dem § 665 a. Z. (jetzt 727) gebracht hat, bemerkt die Begründung der Novelle S. 148, daß, nachdem nunmehr der § 293 des Entwurfs (§ 325 n. Z.) die Voraussetzungen, unter denen das Urteil gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners und gegen den Besitzer der im Streit befindlichen Sache wirksam ist, im Zusammenhang geregelt habe, die Fassung § 665 a. Z. hiemit im Einklang gebracht sei.

Und in der Tat bestimmt der § 727 n. Z. daß eine vollstreckbare Ausfertigung gegen denjenigen Besitzer der im Streit befangenen

[1]) vergl. z. B. Stein A. III 2 zu § 325 und Seuffert A. 4 c.
[2]) So auch Seufert Rhein. Ztschft. Bd. 4 S. 81 vgl. auch § 76.

Sache, gegen welche das Urteil nach § 325 wirksam ist, erteilt werden kann. Welcher Besitzer gemeint ist, das haben wir also nach Anweisung des § 727 den § 325 ZPO zu entnehmen. Daraus folgt, daß der Begriff des Besitzers in § 727 in der gleichen Bedeutung verwendet sein muß, wie im § 325.

Hier wie dort ist also ein Besitzverhältnis gemeint, das inhaltlich den in § 868 BGB geregelten Verhältnis des mittelbaren Besitzes zum Besitzmittler entspricht.

§ 755 (alt 676)

Der Gerichtsvollzieher ist zur Zwangsvollstreckung nur berechtigt, wenn er von dem im Titel bezeichneten Gläubiger hierzu beauftragt ist (753, 750 ZPO). Soll er zu den außerhalb der eigentlichen Zwangsvollstreckung liegenden Handlungen des § 754 ermächtigt sein, so muß zu dem Auftrag noch die Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung treten. Der Gerichtsvollzieher müßte also dem Schuldner auf Verlangen sowohl die Erteilung des Auftrags als auch die Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung nachweisen. Der Schuldner seinerseits wird den Nachweis verlangen müssen, wenn er nicht Gefahr laufen will, an den Gerichtsvollzieher Leistungen zu machen, die ihn wegen des mangelnden Auftrags dem Gläubiger gegenüber nicht befreien.

Nun soll aber nach § 755 ZPO der Schuldner nicht gezwungen werden, nachzuprüfen, ob der Gerichtsvollzieher wirklich vom Gläubiger beauftragt ist, -- der Nachweis darüber würde formell größere Anforderungen stellen als die Erteilung des Auftrags selbst, der ja nach § 754 auch mündlich erfolgen kann und wäre immer unsicher, weil der Auftrag jederzeit zurückgenommen werden kann — sondern gegenüber dem Schuldner und Dritten ist der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der in § 754 bezeichneten Handlungen schlechterdings durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt. Diese Regelung hat der Gesetzgeber offenbar aus dem Gedanken heraus geschaffen, daß auf den Schuldner, gegen den im Interesse eines Gläubigers ein staatlicher Zwang ausgeübt werden soll, dadurch Rücksicht zu nehmen ist, daß sich der Gerichtsvollzieher in einer auch für den Laien mit Sicherheit zu beurteilenden Weise als zur Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner befugt zu legitimieren hat und daß der Schuldner, wenn er sich von der Legitimation des Gerichtsvollziehers nach Maßgabe des § 755 überzeugt hat, gegen den Einwand des Gläubigers unbedingt geschützt ist, der

Gerichtsvollzieher habe keinen Auftrag oder nur beschränkten Auftrag von ihm erhalten.[1])

Wie § 755 sagt, „wird der Gerichtsvollzieher durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der im § 754 bezeichneten Handlungen ermächtigt."

Soll damit gesagt werden: Wenn der Gerichtsvollzieher auf irgend eine Weise nachweist, daß er in einem Verhältnis zur vollstreckbaren Urkunde steht, das ihn nach materiellem Recht zum Besitzer irgend welcher Art macht, dann muß der Schuldner die Zwangsvollstreckung dulden und auch der Gläubiger die Handlung des Gerichtsvollziehers gegen sich gelten lassen?

Eine solche Lösung würde dem dargelegten Zweck unserer Vorschrift in keiner Weise entsprechen.

Keiner weiteren Ausführung bedarf dies wohl in Bezug auf den mittelbaren Besitz gemäß § 868 BGB — wenn etwa der Gerichtsvollzieher zwecks Legitimation nachweisen wollte, er habe die vollstreckbare Urkunde bei einem Dritten in Verwahrung gegeben —, denn daß der Nachweis des mittelbaren Besitzes einfacher und sicherer sei, als der des Auftrags, wird man wohl nicht behaupten können.

Ähnlich ist es aber auch dann, wenn der Gerichtsvollzieher seinen unmittelbaren Besitz durch den Nachweis dartun wollte, daß er die Ausfertigung etwa zu Hause bei sich aufbewahre.

In all' diesen Fällen könnte dem Schuldner die bloße Behauptung des Gerichtsvollziehers zu einer in ihrer Wirkung gegen Schuldner wie auch gegen Gläubiger so weitgehenden Ermächtigung nicht genügen, andererseits würde aber ein zwingender Nachweis, wenn er überhaupt erbracht werden kann, an Schwierigkeit dem Nachweis des erteilten Auftrags nichts nachgeben. Der Zweck des § 755 würde dadurch illusorisch.

Unser Paragraph sagt vielmehr sinngemäß ausgelegt folgendes:

Der Schuldner darf der Zwangsvollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers nicht widersprechen, wenn ihm von diesem die vollstreckbare Ausfertigung vorgezeigt wird und der Gläubiger muß Leistungen, die der Schuldner gemäß § 754 an den Gerichtsvollzieher gemacht hat, gegen sich gelten lassen, wenn sich der Schuldner die Ausfertigung von dem Gerichtsvollzieher hat vorlegen lassen.

Das Ergebnis ist durchaus befriedigend, denn eine Legitimation, die noch einfacher ist und noch weniger zu Zweifeln Anlaß gibt,

[1]) vergl. Vrgdg. d. Entw. S. 411,412 und RG. 82 S. 90,91.

läßt sich kaum denken und es erscheint auch nicht unbillig, auf Grund der Tatsache, daß ein staatliches Zwangsvollstreckungsorgan eine vollstreckbare Ausfertigung vorweisen kann, eine zwingende Vermutung zu Lasten wie zu Gunsten des Schuldners dafür aufzustellen, daß die vollstreckbare Ausfertigung von dem Gläubiger dem Gerichtsvollzieher mit dem Auftrage übergeben wurde, die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Unterstützt wird diese Auffassung durch den Umstand, daß der Gläubiger nach § 754 dem Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Urkunde zu übergeben hat, wodurch es diesem immer möglich ist, die Urkunde zum Zwecke der Vorweisung mit sich zu führen.

Auch die Kommentare stehen auf dem dargelegten Standpunkt; zwar geben sie keine ausdrückliche Definition des Begriffs Besitz, aber sie sprechen davon, daß der Schuldner und die beteiligten Dritten verlangen können, daß ihnen die vollstreckbare Ausfertigung vorgelegt werde, so z. B. Stein A zu § 755. Auch auf die bayerische Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 18. April 1900 sei hingewiesen, die, offenbar vom gleichen Gedanken ausgehend, in § 70 Abs. III dem Gerichtsvollzieher aufgibt, die vollstreckbare Ausfertigung bei jeder Vollstreckungshandlung bei sich zu führen.

Eine ausdrückliche Definition gibt dagegen v. Welck in Gruch. Beitr. 36 S. 527, wo er sagt: „Unter Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ist (in § 755 ZPO) zu verstehen ‚in promptu habere'. Der Gerichtsvollzieher ist nur dann zur Zwangsvollstreckung befugt, wenn er in der Lage ist, dem die Ausfertigung fordernden Schuldner diese vorzuzeigen, der anderweite Nachweis ihres Besitzes ist nicht nachgelassen."

§ 755 versteht also unter „Besitz" weiter nichts als die tatsächliche Gewalt und zwar in dem eingeschränkten, wörtlichen Sinn des Beisichtragens, ein Begriff, der mit den Besitzbegriffen des BGB schon deshalb nicht in Parallele gestellt werden kann, weil das BGB tatsächliche Gewalt auch anerkennt, wo sie nicht jederzeit durch Vorzeigen betätigt werden kann.

§ 777 (neu).

Der Gläubiger hat einen Anspruch darauf, für seine Forderung Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners nach seiner Wahl zu suchen. Der Staat trägt dem dadurch Rechnung, daß er dem Gläubiger zur zwangsweisen Durchsetzung dieses Anspruchs den

Weg der Zwangsvollstreckung eröffnet. Hat nun aber der Gläubiger kraft Vertrages oder kraft Gesetzes eine Sicherung für seine Forderung dadurch erhalten, daß ganz bestimmte bewegliche, dem Schuldner gehörende Sachen zu seiner Befriedigung bereit gestellt sind, so fällt damit ein berechtigtes Interesse des Gläubigers auf Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners weg.[1]) Die durch die Novelle neu eingefügte Vorschrift gibt daher dem Schuldner die Möglichkeit, durch einen nach § 766 ZPO zu erhebenden Einwand das Zwangsvollstreckungsverfahren zu verhindern.[2])

§ 777 setzt voraus, daß dem Gläubiger für die Forderung, für die er das Zwangsvollstreckungsverfahren betreibt, an einer beweglichen Sache, die er im Besitz hat, ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

Unsere Vorschrift sagt nichts darüber, was unter Besitz verstanden werden soll.

Ziehen wir in Betracht, daß unser Paragraph davon ausgeht, daß der Gläubiger auf Grund materiellrechtlicher Vorschriften genügend gesichert sei, so müssen wir zu dem Schluß kommen, daß § 777 auch insoweit dem materiellen Recht folgt, als er jedes direkte oder indirekte tatsächliche Verhältnis des Gläubigers zur Sache als Besitz in seinem Sinne anerkennt, das dem zu Grunde liegenden materiellen Recht als genügend zur Verwirklichung der dinglichen Sicherung erscheint.

Untersuchen wir daraufhin die Bestimmungen des BGB über das Pfandrecht von beweglichen Sachen (§ 1205 f.) so finden wir, daß es zwar zur Entstehung des Pfandrechts als Regelfall den unmittelbaren Besitz verlangt (§ 1205 Abs. 1), es genügt aber auch die Übertragung des mittelbaren Besitzes (§ 1205 Abs. 2) und die Einräumung des Mitbesitzes (§ 1206).

§ 805 (alt 710)

§ 805 bestimmt, daß derjenige, der an einer beweglichen Sache ein Pfandrecht oder ein Vorzugsrecht hat, das dem Recht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers vorgeht, trotzdem dann nicht der Pfändung widersprechen kann, wenn er sich nicht im Besitz der Sache befindet. Er wird vielmehr darauf verwiesen, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege

[1]) vergl. Begründung d. Nov. 98 S. 158 und Müller Pfändungspfandrecht S. 48 f.

[2]) vergl. das frühere materiellrechtliche beneficium excussionis realis.

der Klage geltend zu machen. Die Begründung des Entwurfs motiviert[1]) dies damit: „Es erscheine, im Gegensatz zur preuß. KO vom 8. Mai 1855 §§ 264, 376, durchaus als gerechtfertigt, dem Pfandgläubiger, der die Pfandsache in seinem Besitz habe, ein Widerspruchsrecht gegen eine Zwangsvollstreckung in die ihm verpfändete Sache zu gewähren, weil der Schuldner selbst nicht einmal tatsächlich in der Lage sein würde, die Gegenstände zu veräußern und der die Vollstreckung betreibende Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe nur unter denselben Voraussetzungen und Beschränkungen geltend machen könne wie der Schuldner selbst. Soweit sich dagegen der Pfandgläubiger nicht im Besitz befinde, fordere die Rücksicht auf energischen Betrieb der Zwangsvollstreckung, daß das Pfandrecht den Fortgang der Exekution nicht hemmen dürfe."

Was versteht nun aber § 805 unter dem Besitz, der genügen soll, um dem Pfandgläubiger das Widerspruchsrecht zu erhalten?

Daß ein Pfandgläubiger, der in einem dem unmittelbaren Besitz nach § 854, 855 BGB entsprechenden tatsächlichen Verhältnis zur Pfandsache steht, durch unsere Vorschrift nicht seines Widerspruchsrechts beraubt und auf die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse beschränkt werden soll, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung.

Zu Zweifeln könnte dagegen die Frage Anlaß geben, ob auch ein dem mittelbaren Besitz des BGB entsprechendes Verhältnis zur Pfandsache hinreiche, dem Pfandgläubiger die bessere Stellung eines zum Widerspruch nach § 771 Berechtigten zu erhalten.

Das Reichsgericht hat schon im Jahre 1883 in einer RG 9. 425 f. abgedruckten Entscheidung zu dieser Frage Stellung genommen und sie bejaht unter anderem deswegen, weil aus den Materialien mit aller Bestimmtheit hervorgehe, daß der Ausdruck Besitz sowohl den juristischen Besitz als den Gewahrsam umfassen sollte und daß eine Schmälerung der Rechte des Pfandgläubigers und Retentionsberechtigten, z. B. des Rechtes zum Selbstverkauf, nicht beabsichtigt war. Im Hinblick auf diese Entscheidung wurde dann ein Antrag, der bei der Beratung des BGB gestellt wurde und dahin ging, bei 710 ZPO den mittelbaren Besitz ausdrücklich auszunehmen, zurückgezogen.[2])

---

[1]) S. 425 zu § 659 des Entwurfs.

[2]) Protokolle z. BGB VI. 716.

Im Einklang hiermit stehen sämtliche Kommentare auf dem Standpunkt, daß der Ausdruck Besitz auch den mittelbaren Besitz mitumfasse.[3])

Wir werden uns dieser Ansicht anschließen können, besonders auch noch aus dem Grunde, weil dadurch, daß der Pfandbesitzer die tatsächliche Gewalt nicht selbst, sondern durch einen Besitzmittler ausübt, die Stellung des Pfandschuldners sowohl in rein tatsächlicher als auch in besitzrechtlicher Hinsicht in keiner Weise verändert wird, sodaß also auch keine Veranlassung für den Gesetzgeber gegeben ist, den Pfandgläubiger in diesem Falle schlechter und den Vollstreckungsgläubiger, der gewissermaßen an die Stelle des Pfandschuldners rückt, besser zu stellen.

Als Ergebnis gewinnen wir also, daß der § 805 dem Pfandgläubiger und Vorzugsberechtigten gegenüber einer Pfändung in die Pfandsache im Vollstreckungsverfahren die Widerspruchsklage nicht gewährt, sondern ihn auf eine Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse beschränkt, wenn er nicht noch neben seinem Pfand oder Vorzugsrecht eine unmittelbare oder mittelbare tatsächliche Gewalt über die Sache hat, die als solche rechtlich anerkannt und geschützt ist. Dieses tatsächliche Verhältnis bezeichnet der § 805 in Übereinstimmung mit der Terminologie des BGB als Besitz.

§ 808 (alt 712).

I. Gewahrsam.

Das Zwangsvollstreckungsverfahren soll dem Gläubiger die Verwirklichung des ihm in dem vollstreckbaren Titel zuerkannten Anspruchs bringen.

Bei Geldforderungen geschieht dies dadurch, daß Vermögensstücke verwertet werden und der Gläubiger dann aus dem Erlös befriedigt wird. Naturgemäß kann es sich nur um Vermögensstücke des Schuldners handeln, denn nur diesem gegenüber hat der Gläubiger auf Grund des vollstreckbaren Titels einen vollstreckbaren Anspruch.

[3]) Protok. z BGB VI 716. vgl. z. B. Stein A. I, Seuffert A. 1 b. Petersen-Anger A. II a zu § 805, welch' letzterer noch als weiteren Grund anführt, daß § 805 von Besitz sprechen würde, § 808, 809 dagegen nur von Gewahrsam, und daß ein Anhaltspunkt dafür fehle, daß darin nicht eine bewußte Unterscheidung liege.

Es hat also der Vollstreckung eine Prüfung[1]) vorauszugehen, ob der zu pfändende Gegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört. Diese Prüfung, die in sich oft die schwierigsten Rechtsfragen birgt, wird nun bei den verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung mit verschiedener Intensität vorgenommen und zwar mit Rücksicht darauf, daß einerseits die Schnelligkeit des Zugriffs für den Gläubiger von größter Bedeutung ist und daß andererseits die Vollstreckungsorgane, insbesondere der Gerichtsvollzieher, zur bindenden Entscheidung dieser Fragen nicht geeignet erscheinen.

Bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen geht das Gesetz davon aus, daß die beweglichen Sachen in der Regel demjenigen gehören, der sie in seinem „Gewahrsam" hat. Es bestimmt demgemäß in § 808, daß der Gerichtsvollzieher diejenigen Sachen zwecks Pfändung in Besitz zu nehmen hat, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden.

Die ZPO definiert den Begriff des Gewahrsams nicht, auch dem BGB ist der Ausdruck fremd, trotzdem ließ ihn die Novelle unberührt, weil er, wie es in den Prot. z. BGB S 717 heißt, zu begründeten Zweifeln keinen Anlaß gebe, es sei darunter der unmittelbare Besitz des BGB zu verstehen.

Dieser Ansicht sind dann auch die meisten Schriftsteller z. B. Stein A. II, Seuffert A. 2a zu § 808, auch Planck vor § 854 BGB gefolgt. Soll damit nichts weiter gesagt sein, als daß nach dem BGB in der Regel der unmittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache hat und auch umgekehrt die tatsächliche Gewalt in der Regel den unmittelbaren Besitz zur Folge hat, sodaß man unmittelbaren Besitz und tatsächliche Gewalt in der Regel gleichsetzen kann, so kann man dem im Ergebnis beitreten. Denn dies entspricht sowohl der wörtlichen Auslegung des Wortes „Gewahrsam" als auch der Absicht des Gesetzgebers, weil nämlich die beweglichen Sachen regelmäßig dem gehören, der sie tatsächlich hat und weil der Gerichtsvollzieher sehr wohl im Stande ist, zu prüfen und zu entscheiden, ob der Schuldner die tatsächliche Gewalt über die Sache hat.

In diesem Sinne soll aber „unmittelbarer Besitz" in unseren Paragraphen nach der Meinung dieser Schriftsteller gar nicht verstanden werden, sondern im streng technischen des BGB.

Es soll damit nicht nur zum Ausdruck gebracht werden, daß ein dem mittelbaren Besitz des BGB entsprechendes Verhältnis

[1]) vgl. hiezu Stein, Grundfragen S. 37 f.

nicht als Gewahrsam nach § 808 gilt, — was ja wohl auch einer weiteren Begründung nicht bedarf — sondern vor allem, daß nur der „Gewahrsam" in § 808 ZPO gemeint ist, der dem Gewahrsamsinhaber den unmittelbaren Besitz verschafft, dagegen nicht der Gewahrsam des Besitzdieners.[2])

Ist diese Unterscheidung aber wirklich berechtigt?

Nach BGB § 855 wird derjenige, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache nicht für sich, sondern für einen anderen ausübt, zu dem er in einem rechtlichen Verhältnis der dort bezeichneten Art steht, nicht als Besitzer anerkannt; unmittelbaren Besitz hat vielmehr allein der Besitzherr. Für das Bestehen dieses unmittelbaren Besitzes ist nicht etwa noch erforderlich, daß der Besitzherr ständig in der Lage ist, unmittelbar tatsächlich auf die Sache einzuwirken, sondern auch eine erhebliche räumliche Entfernung zwischen Besitzherr und Besitzdiener schließt die Fortdauer dieses Besitzverhältnisses nicht aus.[3]) Die tatsächliche Beziehung zu der Sache ist also bei dem unmittelbaren Besitzer genau die gleiche wie bei dem Besitzdiener, beide üben die tatsächliche Gewalt über die Sache aus und nur wegen des bestehenden rechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses des Besitzdieners knüpft das Gesetz an die gleiche tatsächliche Situation verschiedene besitzrechtliche Folgen.

Versteht man also mit der herrschenden Meinung unter Gewahrsam im Sinne des § 808 nur die den unmittelbaren Besitz verschaffende tatsächliche Gewalt und legt man infolgedessen dem Gerichtsvollzieher die Pflicht auf, eine dahingehende Prüfung vorzunehmen, so bleibt ihm, da die tatsächliche Lage in beiden Fällen die gleiche ist, nichts anderes übrig, als auf die rechtlichen, insbesondere besitzrechtlichen Verhältnisse zurückzugreifen, Verhältnisse, deren Beurteilung kaum weniger schwierig sein dürfte als der des Eigentums selbst. Es würden daher auf diesem Umwege dem Gerichtsvollzieher Entscheidungen zugemutet, denen er in den meisten Fällen nicht gewachsen ist und die zu vermeiden gerade Aufgabe des § 808 sein soll.

Wir können deshalb der herrschenden Ansicht, die zu einem Ergebnis kommt, das dem Zweck unserer Vorschrift direkt zuwiderläuft, nicht folgen, sind vielmehr der Ansicht, daß unter Gewahrsam

[2]) vergl. auch Rechtspr. d. OLG 13. 200.

[3]) So ausdrücklich RG 71, 251.

im Sinne des § 808 jedes tatsächliche Gewaltverhältnis[4]) zu verstehen ist, ohne Rücksicht auf seine besitzrechtlichen Folgen.

In praxi wird ja allerdings der Gerichtsvollzieher bei einem auf einem Besitzdienerverhältnis beruhenden Gewahrsam aus den sonstigen Umständen meist mit Sicherheit erkennen, daß die Sache nicht dem Schuldner gehört und aus diesem Grunde von einer Pfändung absehen.[5])

Auf dem gleichen Standpunkt wie hier steht offenbar auch Sydow-Busch A. 1: „Gewahrsam ist tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854, 855 BGB" und Staudinger BGB Vorbem. vor. § 854 A. VIII: „Der Ausdruck Gewahrsam in § 808, 809, 886 ZPO bezeichnet nicht einen neuen Besitzbegriff, sondern nur ein rein objektives Innehaben, neben dem also eigentliche Besitzverhältnisse noch bestehen können."[6])

Zur Unterstützung unserer Ansicht sei noch darauf hingewiesen, daß auch vor dem Inkrafttreten des BGB der Ausdruck Gewahrsam in § 808 in dem Sinne der rein objektiven Innehabung, losgelöst von den besitzrechtlichen Fragen, verstanden wurde.[7])

II. Besitz.

Nach § 808 Abs. 1 wird die Pfändung einer im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sache dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselbe „in Besitz nimmt." Was bedeutet nun hier das „Inbesitznehmen"?

Wie Stein in den Grundfragen S. 111-112 ausführt, wäre es an sich durchaus möglich, daß die ZPO hier ein eigenartiges publizistisches Besitzverhältnis schaffen wollte, auf das die Besitzregelung des BGB keine oder doch jedenfalls nur eine sehr vorsichtige Anwendung finden könnte. Und in der Tat wird dieser Standpunkt auch vertreten z. B. von Voß in der Vollstr. Z. 12 S. 123 f. und von Kreß, Besitz und Recht S. 232.

[4]) Natürlich nur ein solches Verhältnis, das die Verkehrsauffassung als tatsächliches Herrschaftsverhältnis anerkennt; so wird z. B. die tatsächliche Herrschaft über die Haushaltungsgegenstände nur dem Haushaltungsvorstand zugerechnet, nicht aber den übrigen Angehörigen einer Haushaltung. (Vgl. Stein A II 2 zu § 808)

[5]) Vergl. zu dieser Frage Stein A I 1 zu § 808.

[6]) Vergl. auch Jaeger A 16 zu § 44 KO.

[7]) Vergl. Gaupp A I Abs. 2 zu § 712 (alt).

Jedoch gibt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes[1]) hiefür keinen Anhalt, überdies spricht auch die Tatsache, daß die ZPO es unterlassen hat, irgend welche Regelung wegen des Schutzes dieses Besitzes zu treffen, dafür, daß die ZPO von der Möglichkeit, einen eigenen Besitzbegriff aufzustellen, keinen Gebrauch gemacht hat, sondern von dem Besitzbegriffe des materiellen Rechts, als welches jetzt das BGB maßgebend ist, ausgeht.

Es fragt sich nun, ob es zur Bewirkung der Pfändung genügt, wenn sich der Gerichtsvollzieher in irgend ein Verhältnis zur Sache setzt, das das BGB als Besitz anerkennt, ob es also gleichgültig ist, ob sich der Gerichtsvollzieher den mittelbaren Besitz oder den unmittelbaren Alleinbesitz oder vielleicht unmittelbaren Mitbesitz verschafft.

Das ist zu verneinen, vielmehr verlangt § 808 offensichtlich die Verschaffung des unmittelbaren Alleinbesitzes.

Daß dies dem Gerichtsvollzieher immer tatsächlich möglich ist, ergibt sich daraus, daß ja nur solche Sachen für die Inbesitznahme in Frage kommen, die der Schuldner im Gewahrsam, d. h. wie oben ausgeführt, in seiner tatsächlichen Gewalt hat.

Daß aber auch der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß der Gerichtsvollzieher die Sache in seinen unmittelbaren Besitz nimmt, folgt aus der Vorschrift selbst.

Denn der Gesetzgeber bestimmt nicht etwa, daß der Gerichtsvollzieher, je nachdem, ob die Befriedigung des Gläubigers hiedurch gefährdet wird oder nicht, die Pfändung dadurch zu bewirken habe, daß er die Sachen unter Belassung im Gewahrsam des Schuldners in Besitz nimmt oder daß er sie unter Wegnahme aus dem Gewahrsam des Schuldners in Besitz nimmt, sondern die Vorschrift will sagen: Der Gerichtsvollzieher hat die Sachen zur Bewirkung der Pfändung in Besitz zu nehmen.[2]) Ist das geschehen, so hat sich der Gerichtsvollzieher darüber schlüssig zu machen, ob er die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen will. Entscheidend ist dabei für ihn einzig und allein der Gesichtspunkt, ob hiedurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird. Von einer Berücksichtigung irgend welcher Besitzrechte des Schuldners ist keine Rede. Das ist aber nur unter der Voraussetzung möglich, daß eben durch die Inbesitznahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher der Schuldner seine auf dem Gewahrsam beruhende Besitzerstellung dem Gerichts-

[1]) Vergl. Begrdg. des Entw. S. 427 und Protok. zum BGB VI 712.
[2]) So auch Begrdg. d. Entw. S. 427.

vollzieher gegenüber vollkommen eingebüßt hat, also auch keinen Mitbesitz an der Sache behalten hat oder als Besitzmittler dem Gerichtsvollzieher gegenübersteht. Und das ist nur dann der Fall, wenn sich der Gerichtsvollzieher den unmittelbaren Alleinbesitz an der Sache verschafft.[3])

Eine andere Frage ist, ob durch den unmittelbaren Besitz des Gerichtsvollziehers dem Schuldner oder dem Gläubiger ein mittelbarer Besitz vermittelt wird oder beiden, und welche Besitzverhältnisse dann entstehen, wenn der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners beläßt. Die Untersuchung dieser Fragen, die übrigens stark bestritten sind[4]), würde jedoch über den Rahmen unserer Arbeit hinausführen.

§ 809 (alt 713).

Nach § 809 ist der Pfändungsmodus des § 808 auch dann anzuwenden, wenn sich die zu pfändende Sache im Gewahrsam des Gläubigers selbst oder im Gewahrsam eines Dritten befindet, der zur Herausgabe bereit ist.

Wann wird nun der Gerichtsvollzieher dazu kommen, bei dem C eine Sache pfänden zu wollen, um dem B Befriedigung für den Anspruch zu verschaffen, den der B gegenüber dem A hat?

Doch offenbar nur dann, wenn er sichere Anhaltspunkte dafür hat, daß die Sache nicht dem C sondern dem A gehört. Denn nur aus dem Vermögen des A hat der B auf Grund des Titels ein Recht zur Befriedigung.[1])

Daraus ergibt sich sofort, daß der Gewahrsam in § 809 nicht die Funktion zu erfüllen hat wie im § 808, wo der Gewahrsam, wie dort ausgeführt, als Indiz für die Zugehörigkeit der Sache zum Vermögen des Schuldners verwendet ist. Vielmehr wird hier die Zugehörigkeit der Sache zum Vermögen des Schuldners als festgestellt vorausgesetzt. Wir können deshalb auch nicht einfach annehmen, daß der § 809 Gewahrsam im gleichen Sinne verwendet wie § 808.

Allerdings können wir auf Grund der wörtlichen Bedeutung des Ausdrucks „Gewahrsam" und im Hinblick darauf, daß die Pfänd-

---

[3]) Im Ergebnis übereinstimmend sämtliche Kommentare z. B. Stein A. III 1, Seuffert A. 2c, Reincke A. B. I, Freudenthal A. 5 zu § 808 ZPO, vgl. auch Gaupp A II zu § 712 (alt).

[4]) Vgl. die Literaturangaben bei Stein N. 67 zu § 808.

[1]) Vgl. Stein Grundfragen S. 40/41.

ung bei dem Dritten in gleicher Weise wie bei dem Schuldner selbst vorzunehmen ist, also dadurch, daß der Gerichtsvollzieher die Sache in seinen unmittelbaren Besitz nimmt, davon ausgehen, daß der Gläubiger oder der Dritte in einem direkten tatsächlichen Gewaltverhältnis zur Sache stehen muß.

Ist aber auch *jedes* tatsächliche Gewaltverhältnis in § 809 gemeint, so wie wir es für § 808 festgestellt haben?

Bedenken wir, daß die Pfändung bei dem Dritten nur gestattet ist, wenn er zur Herausgabe *bereit* ist, daß sich also der Dritte auf Grund seines Gewahrsams nach seinem Belieben der Pfändung einer Sache widersetzen kann, obwohl sie, als dem Vollstreckungsschuldner gehörig, an sich dem Zugriff des Vollstreckungsgläubigers unterliegt, so kann nur eine *solche* tatsächliche Gewalt in Frage kommen, die dem Inhaber eine auch dem Eigentümer gegenüber selbständige Stellung verleiht. Denn hat der Dritte eine solche Stellung nicht, ist er vielmehr in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt vollkommen von dem Eigentümer abhängig, so ist kein Grund abzusehen, warum der Vollstreckungsgläubiger, der kraft seines Titels den entgegenstehenden Willen des Eigentümers überwinden kann, nun plötzlich vor einem Dritten Halt machen müßte, der eigentlich weiter nichts ist als das Werkzeug des Vollstreckungsschuldners. Sein etwa tatsächlich entgegenstehender Wille kann daher eine rechtliche Beachtung nicht finden.

Daraus ergibt sich notwendig die Folgerung, daß der § 809 im Gegensatz zu § 808 unter *Gewahrsam* nur *diejenige* tatsächliche Gewalt versteht, die dem Inhaber eine selbständige rechtliche Stellung verschafft, also — in der Sprache des BGB — nur die mit *unmittelbarem Besitz* verbundene tatsächliche Gewalt im Gegensatz zu der tatsächlichen Gewalt des Besitzdieners.

Im Ergebnis treffen wir damit mit der herrschenden Meinung zusammen, die ja schon bei § 808 unsern Begriff in diesem Sinn auslegt.

Wenden wir nun das Gefundene auf unsere Vorschrift an, so sagt sie:

Befindet sich eine dem Schuldner gehörende Sache im unmittelbaren Besitz des Gläubigers oder eines Dritten, so ist eine Pfändung nur gestattet, wenn der Gläubiger oder der Dritte bereit ist zur Herausgabe der Sache. (Beim Gläubiger wird die Bereitwilligkeit als selbstverständlich vorausgesetzt.) übt dagegen der Gläubiger oder ein Dritter die tatsächliche Gewalt über die Sache

als Besitzdiener des Schuldners aus, so kann die Pfändung ohne Rücksicht auf den Besitzdiener vorgenommen werden. Übt schließlich, was ja auch möglich ist, der Gläubiger oder ein Dritter die tatsächliche Gewalt über die Sache als Besitzdiener nicht des Schuldners, sondern eines andern unmittelbaren Besitzers aus, so kommt auch hier die Bereitwilligkeit oder Nichtbereitwilligkeit des Besitzdieners nicht in Betracht, sondern die Zulässigkeit der Pfändung hängt davon ab, daß der unmittelbar besitzende Dritte zur Herausgabe der Sache bereit ist.

§ 831 (alt 732).

§ 831 bestimmt, daß Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, die durch Indossament übertragen werden können, dadurch gepfändet werden, daß der Gerichtsvollzieher diese Papiere „in Besitz nimmt".

Sei es nun, daß man im Hinblick auf § 808, der die Pfändung von Wertpapieren schon regelt (vgl. § 808 Abs. 2), der Ansicht ist, daß die ausdrückliche Bestimmung unseres Paragraphen eine Ausscheidung der hier genannten Urkunde aus dem Begriff der Wertpapiere bedeute; sei es, daß man wie überwiegend geschieht, eine solche Ausscheidung aus dem § 831 nicht herausliest, sondern nur die allerdings nicht glücklich gefaßte Vorschrift, daß die Verwertung gepfändeter Wechsel nach den Grundsätzen über die Verwertung von gepfändeten Forderungen zu geschehen habe:[1])

jedenfalls will § 831 keinen neuen Modus für die Pfändung der bezeichneten Forderungspapiere aufstellen, sondern verweist nur auf den Pfändungsmodus des § 808 ZPO.

Das geht einmal daraus hervor, daß § 831 im Wortlaut mit dem § 808 völlig übereinstimmt und dann vor allem daraus, daß dem übereinstimmenden Wortlaut auch die Übereinstimmung in dem zu Grunde liegenden Tatbestand entspricht, denn bei beiden Paragraphen handelt es sich um „körperliche" Sachen, durch deren Inbesitznahme der Gerichtsvollzieher eine Pfändung zu bewirken hat.

Wir können daher auf die Ausführungen bei § 808 verweisen und demgemäß für § 831 als Ergebnis feststellen, daß der Gerichtsvollzieher, um die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, zu bewirken, sich den unmittelbaren Alleinbesitz an den Papieren zu verschaffen hat.

[1]) Vergl. Stein A. I. 1 zu § 821 und A. 1 zu § 831.

Hiermit stimmen sämtliche Kommentare und die Begründung zu § 732 alt S. 433 überein; auch das Reichsgericht hat sich ausdrücklich auf diesen Standpunkt gestellt in RG 35 S. 376.

§ 883, 885, 886 (alt 769, 771, 772).

I. Zur zwangsweisen Durchsetzung eines Anspruchs auf Herausgabe einer beweglichen oder unbeweglichen Sache eröffnet die ZPO zwei Wege: entweder das Verfahren nach § 883/885 oder das nach § 886.

Das Moment, das über die Anwendbarkeit des einen oder des anderen Weges entscheidet, ist zwar nicht in den § 883/885, wohl aber in § 886 ausdrücklich hervorgehoben. Das dort geregelte Verfahren hat nämlich *dann* zur Anwendung zu kommen, wenn sich die herauszugebende Sache im *Gewahrsam eines Dritten* befindet. Der Gegensatz zum Gewahrsam eines Dritten ist naturgemäß der Gewahrsam des *Schuldners*, der infolgedessen für die Anwendung des § 883/885 stillschweigend vorausgesetzt sein muß. Darüber herrscht auch allgemeine Übereinstimmung.[1]) Schon die Begründung zum Entwurf S. 441 weist ausdrücklich darauf hin: „Zum Zwecke der Herausgabe einer Sache, einer beweglichen oder unbeweglichen, welche im Gewahrsam *des Schuldners* ist, findet nach den § 716–718 (des Entwurfs) unmittelbarer Zwang statt . . . . . Für die Herausgabe einer Sache, welche sich im Gewahrsam *eines Dritten* befindet, kommen die Vorschriften über Pfändung und Überweisung zu analoger Anwendung."

Was haben wir aber unter dem in § 886 ausdrücklich hervorgehobenen *Gewahrsam* zu verstehen?

Daß es sich um ein tatsächliches Gewaltverhältnis über die Sache handeln muß, ergibt sich — von der wörtlichen Auslegung ganz abgesehen — schon aus der Art und Weise, in der die Zwangsvollstreckung vor sich geht, wenn der *Schuldner* die Sache in seinem Gewahrsam hat. Denn der Gerichtsvollzieher kann, wie es der § 883 von ihm verlangt, die Sache nur dann dem Schuldner „wegnehmen", wenn sie der Schuldner hat, d. h. in seiner tatsächlichen Gewalt hat.[2])

[1]) Vgl. z. B. *Struckmann-Koch* A. 1 zu § 883: „Bei § 883 unterstellt das Urteil stets, daß sich die Sache in Gewahrsam des Schuldners befindet," und *Reincke* A. 1 zu § 883: „Allemal muß sich die Sache im Gewahrsam des Schuldners befinden."

[2]) Vgl. auch noch § 883 Abs. 2: „Wird die herauszugebende Sache nicht *vorgefunden* (beim Schuldner) . . ."

Es bleibt daher nur zu untersuchen, ob jede tatsächliche Gewalt genügt, um über die Anwendung des einen oder des anderen Weges zu entscheiden, oder nur eine solche, die dem Inhaber eine selbständige, rechtlich geschützte Stellung verleiht.

Es braucht wohl nicht besonders darauf hingewiesen zu werden, daß in § 883, 885 und 886 der „Gewahrsam" nicht die Aufgabe zu erfüllen hat, die ihm bei § 808 zufällt. Der Gerichtsvollzieher hat ja nicht irgend eine Sache aus dem Vermögen des Schuldners herauszunehmen, sondern das Verfahren richtet sich gegen eine ganz bestimmte Sache ohne Rücksicht auf die Vermögenszugehörigkeit.

Das Problem ist vielmehr hier genau dasselbe wie bei dem § 809. Hier wie dort stellt sich der Gewahrsam eines Dritten der Durchsetzung des im Titel anerkannten Anspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner hindernd in den Weg.

Wir können uns daher auf das bei § 809 Ausgeführte beziehen und gewinnen daraus als Ergebnis, daß der § 886 unter Gewahrsam nur die auch dem Eigentümer oder einer anderen vom Vollstreckungsanspruch betroffenen Person gegenüber selbständig geschützte tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers nach BGB § 854 versteht, nicht dagegen die von dem Willen des Besitzherrn vollkommen abhängige tatsächliche Gewalt des Besitzdieners im Sinne § 855 BGB.[3])

Das muß für § 886 umsomehr gelten, als sich der Anspruch des Gläubigers von vornherein auf eine ganz bestimmte Sache richtet und als das Ziel der Zwangsvollstreckung nur die Verschaffung dieser Sache ist, während bei § 809 dem Gläubiger meist noch andere Vermögensstücke des Schuldners zur Verfügung stehen, aus denen er sich befriedigen kann.

II. Wie oben dargelegt, setzt die Pfändung nach § 883/885 voraus, daß der Schuldner die zu pfändende Sache in seinem unmittelbaren Besitz hat.[4])

Bei beweglichen Sachen hat nach § 883 der Gerichtsvollzieher die Pfändung dadurch zu bewirken, daß er die Sachen dem Schuldner wegnimmt und dem Gläubiger übergibt.

[3]) Übereinstimmend sämtliche Kommentare, vgl. auch RG 74 S. 83: „Befindet sich ein Dritter ‚im Besitz' des Hypothekenbriefs, so kann der Gläubiger diese Pfändung nur in der Weise durchführen, daß er den Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Herausgabe des Briefes pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt (§ 886 ZPO)."

[4]) Vgl. noch Seuffert A. 1 Abs. 4 zu § 883: „Die Sache muß sich im unmittelbaren Besitz des Schuldners befinden."

Findet nun der Gerichtsvollzieher die Sache bei dem Schuldner nicht vor, so hat dieser auf Antrag des Gläubigers einen Offenbarungseid dahin zu leisten:

1) daß er die Sache nicht „besitze“,

2) daß er auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

Was durch den Eid erreicht werden soll, ist klar.

Naturgemäß kommt es zum Zwange nur dann, wenn der Schuldner nicht freiwillig dem durch den Titel festgestellten Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe der Sache Genüge leistet. Man muß daher damit rechnen, daß der Schuldner auch dem Gerichtsvollzieher die Sache nicht freiwillig herausgibt oder, wenn er sie nicht im Besitz hat, ihm nicht freiwillig angibt, wo sich die Sache befindet. Hier soll der Eid die Mitwirkung des Schuldners, ohne die eine Zwangsvollstreckung in den meisten Fällen nicht durchgeführt werden könnte, erzwingen.

Es wäre nun an sich vollauf genügend, wenn die Eidesformel lauten würde: „Der Schuldner wisse nicht, wo sich die Sache befindet.“ Denn das könnte er, ohne meineidig zu werden, nicht beschwören, wenn er weiß, daß die Sache in seinem Gewahrsam oder in dem eines Dritten ist.

Trotzdem zerlegt das Gesetz den Eid in zwei Teile. Es will also offenbar den zweiten Teil in einem engeren Sinn, als Ergänzung des ersten Teils, aufgefaßt wissen, weil ja sonst der Vollstreckungsschuldner im zweiten Teil etwas beschwören würde, was er schon im ersten Teil mit seinem Eid bekräftigt hat.

Die natürlichste Lösung ist die, daß man annimmt, daß die Zweiteilung mit Rücksicht auf die zwei Modi gewählt ist, in der die Zwangsvollstreckung vorgenommen werden kann. Der Schwurpflichtige soll mit andern Worten im ersten Teil des Eides negieren, daß die Voraussetzung des § 883 und im zweiten Teil, daß die Voraussetzung des § 886 vorliegt.

Voraussetzung des § 883 ist aber, wie dargelegt, der den unmittelbaren Besitz bewirkende Gewahrsam des Schuldners. Der Schuldner beschwört also in der Formel: „daß er die Sache nicht besitze“, daß er die Sache nicht in seinem unmittelbaren Besitz habe. Dagegen verneint er das Vorhandensein eines mittelbaren Besitzverhältnisses in dem zweiten Teil des Eides, da bei dem mittelbaren Besitz die Sache begriffsmäßig sich im Gewahrsam eines Dritten, des Besitzmittlers (§ 868 BGB), befindet.

§ 883 gebraucht also den Ausdruck „besitzen" in einschränkender, nur den unmittelbaren Besitz bezeichnender Bedeutung.

Die Kommentare enthalten darüber nichts.

III. Während § 883 den Fall im Auge hat, daß der Schuldner eine bewegliche Sache herauszugeben hat, regelt § 885 die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe, Überlassung oder Räumung eines Grundstücks oder eines bewohnten Schiffes.

Es ist oben schon dargelegt, daß auch § 885 ergänzt wird durch die Vorschrift des § 886 und daß infolgedessen auch § 885 zur Voraussetzung hat, daß der Schuldner die Sache im unmittelbaren Besitz hat. Es seien aber trotzdem noch einmal hier die Gründe zusammengestellt, aus denen sich diese Auffassung rechtfertigt:

1. § 883 spricht ausdrücklich von beweglichen und § 885 von unbeweglichen Sachen,*) § 886 dagegen nur von einer „herauszugebenden Sache". Er umfaßt damit sowohl die bewegliche wie die unbewegliche Sache, mindestens steht die Wortfassung einer solchen Auslegung nicht entgegen.

2. Eine Sache herausgeben, überlassen oder räumen kann nur derjenige, der die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat. Hat der Schuldner, gegen den sich der Titel richtet, diese tatsächliche Gewalt nicht, so ist § 885 praktisch gar nicht durchführbar. Es muß deshalb dem Gläubiger ein Weg eröffnet werden, auf dem er auch gegenüber einem dritten Gewahrsamsinhaber, gegen den sich sein Anspruch nicht direkt richtet, zu seinem Rechte kommt. Diesen Weg gibt ihm § 886.

3. Daraus, daß der Gläubiger auf Grund des Titels gegen den Willen des Schuldners seinen Anspruch verwirklichen kann, folgt, daß die tatsächliche Gewalt eines Dritten über die Sache die direkte Verwirklichung nach § 885 und nach § 883 nur dann vereiteln kann, wenn sie dem Dritten eine selbständige Stellung gegenüber dem Schuldner gewährt. § 886 hat also dann Anwendung zu finden, wenn ein Dritter als unmittelbarer Besitzer die tatsächliche Gewalt entweder selbst oder durch einen Besitzdiener ausübt, woraus sich der Rückschluß ergibt, daß nach § 885 (bezw. nach § 883) dann zu verfahren ist, wenn der Schuldner unmittelbarer Besitzer der Sache ist, gleichgültig, ob er die tatsächliche Gewalt selbst oder durch einen Besitzdiener ausübt.**)

*) Das bewohnte Schiff wird der unbeweglichen Sache gleichgestellt.

**) Diese Frage wird unten noch von anderen Gesichtspunkten aus betrachtet werden.

Haben wir so festgestellt, daß § 885 nur zur Anwendung kommen kann, wenn der Schuldner den unmittelbaren Besitz der Sache hat und bedenken wir, daß auch dem Anspruch des Gläubigers nur genügt wird, wenn ihm die tatsächliche Gewalt über die Sache verschafft wird und daß bei ihm, weil er eben einen rechtlichen Anspruch darauf hat, nur die tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers, nicht aber die eines Besitzdieners, in Betracht kommen kann, so kann als „Besitz", dessen der Schuldner nach § 885 zu entsetzen und in den der Gläubiger an Stelle des Schuldners einzuweisen ist, nur der unmittelbare Besitz, d. h. die selbständig geschützte tatsächliche Gewalt, in Frage kommen.

Hat dagegen der Schuldner nur mittelbaren Besitz, so ist der Gläubiger zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Herausgabe, Überlassung oder Räumung der unbeweglichen Sache auf den Umweg des § 886 angewiesen.

Die Mehrzahl der Kommentare steht offenbar auf dem hier entwickelten Standpunkt, ohne sich im einzelnen darüber zu äußern.[1])

Davon abweichend erklärt Petersen-Anger A. 1 zu § 885: „Auf die Art des körperlichen Besitzes kommt es nicht an, insbesondere nicht darauf, ob Eigenbesitz oder anderer Besitz oder „bloßer Gewahrsam" in Frage steht" und ebenso Neumiller A. z. § 885: „Besitz: auch bloßer Gewahrsam". Offensichtlich soll unter „bloßem Gewahrsam" die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners, die für diesen keinerlei selbständige rechtliche Folgen hat, verstanden werden.

Eine solche rechtlich unbeachtliche Stellung fällt aber nicht unter § 885 (ebensowenig wie unter § 883), worüber im einzelnen noch Folgendes zu sagen ist:

Nehmen wir den unwahrscheinlichen Fall an, daß A gegen B einen Anspruch auf Herausgabe einer Sache hat, die B inzwischen dem C in unmittelbaren Besitz übergeben und wieder als Besitzdiener des C in seinen Gewahrsam zurückerhalten hat, so scheitert die Durchführung des Anspruchs des A gegen B nach § 885 daran, daß A auf Grund seines Titels gegen B nicht in den selbständigen unmittelbaren Besitz des C eingreifen kann, sowenig wie B selbst dazu ohne Weiteres ein Recht hätte, A muß deshalb nach § 886 gegen C vorgehen, obwohl sein Schuldner B den „bloßen Gewahrsam" über die Sache hat.

Der natürlichere Fall ist der, daß A als unmittelbarer Besitzer der Sache die tatsächliche Gewalt durch B als seinen Besitzdiener aus-

[1]) Vgl. z. B. Stein A. 1 zu § 885, Freudenthal A. 4 zu § 885.

übt und nun die Sache wieder heraushaben will. Zu dieser Herausgabe ist der Besitzdiener B nach § 855 BGB auf Grund der Weisung des unmittelbaren Besitzers A jederzeit verpflichtet. Tut es B nicht freiwillig, so beweist er damit, daß er die tatsächliche Gewalt nicht mehr als Besitzdiener des B ausübt, sondern sich die Stellung des unmittelbaren Besitzers, wenn auch durch verbotene Eigenmacht, anmaßt.[8]) Wenn daher A infolge der Weigerung des B die Hilfe des Staates zur Durchsetzung seines Herausgabeanspruchs anrufen muß, so steht ihm in diesem Verfahren der Schuldner B nicht mehr als Inhaber des „bloßen Gewahrsams" sondern als Inhaber eines *selbständigen*, die Stellung des unmittelbaren Besitzers begründenden Gewahrsams gegenüber.

Die von *Petersen-Anger* und *Freudenthal* vertretene Auffassung dürfte also wohl nicht haltbar sein.

Wir stellen daher nochmals als Ergebnis fest, daß § 885 unter Besitz *nur* den *unmittelbaren Besitz*, im Sinne des BGB, also die selbständig geschützte tatsächliche Gewalt, verstanden wissen will.

§ 979 (neu).

Das BGB bestimmt in § 927, daß der Eigentümer eines Grundstücks im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden kann, wenn das Grundstück seit dreißig Jahren im *Eigenbesitz* eines andern ist. Zur Regelung dieses Aufgebotsverfahrens fügte die Novelle 98 die § 977—981 der ZPO ein.[9]) Wir haben daher in dieser Paragraphengruppe Vorschriften vor uns, die zur prozessualen Ausführung einer einzelnen Vorschrift eines bestimmten materiellen Gesetzes dienen und deshalb in so nahe Beziehung zu dieser materiellrechtlichen Bestimmung gebracht sind, daß sie mit ihr stehen und fallen.

Nun sagt § 979 ZPO: „Antragsberechtigt ist derjenige, welcher das Grundstück seit der im § 927 des bürgerlichen Gesetzbuches bestimmten Zeit im „Eigenbesitze" hat." Es bedarf wohl keiner näheren Begründung, daß der Eigenbesitzer des § 979 ZPO identisch ist mit dem Eigenbesitzer des § 927 BGB. Da aber § 927 BGB die grundlegende Vorschrift ist und außerdem das BGB den Begriff des Eigenbesitzes eigens definiert hat (§ 872 BGB), während die ZPO darüber nichts enthält, so unterliegt es keinem Zweifel, daß § 979 ZPO mit dem Ausdruck auch den Begriff des BGB übernehmen wollte

[8]) Vgl. Kommentar von Reichsgerichtsräten A. 2 zu § 855 BGB.

[9]) Vgl. § 977 ZPO.

Dementsprechend ist Eigenbesitzer derjenige, der das Grundstück als ihm gehörend unmittelbar oder mittelbar besitzt. (§ 872 BGB.)

Gleicher Meinung sind offenbar sämtliche Kommentare, die meist auf den § 872 BGB verweisen.[2])

Die Verwendung des Ausdrucks Besitz im Zwangsversteigerungsgesetz.

§ 55.

Nach Abs. 1 des § 55 erstreckt sich die Versteigerung eines Grundstücks auf alle Gegenstände, deren Beschlagnahme noch[1]) wirksam ist. Von der Beschlagnahme betroffen werden nach § 20 Abs. 2 ZVG diejenigen Gegenstände, auf die sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt. Dazu gehört nach § 1120 BGB das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind.

Hier setzt nun der Abs. 2 des § 55 erweiternd[2]) ein durch die Bestimmung, daß sich die Versteigerung auch auf Zubehörstücke erstreckt, die nicht dem Schuldner oder neu eingetreten Eigentümer, sondern einem Dritten gehören, die also nach § 20 Abs. 2 ZVG in Verbindung mit § 1120 BGB gar nicht beschlagnahmt sind.

Voraussetzung dieser Erweiterung des Umfangs der Versteigerung gegenüber dem der Beschlagnahme ist erstens, daß sich die Zubehörstücke im Besitz des Schuldners oder des neu eingetretenen Eigentums befinden und zweitens, daß der dritte sein Recht nicht nach Maßgabe des § 37 No. 5 ZVG geltend gemacht hat.

Die gesetzgeberischen Erwägungen, aus denen diese Vorschrift erwachsen ist, sind leicht zu erkennen.[3])

Es liegt sowohl im Interesse des Schuldners als auch des betreibenden Gläubigers und der sonstigen Beteiligten, daß bei der Versteigerung ein dem wahren Wert des Grundstücks entsprechender Preis erzielt wird. Wenn das erreicht werden soll, so ist vor allen Dingen notwendig, daß der Bieter mit Sicherheit erkennen und beurteilen kann, auf was er eigentlich bietet. Besondere Schwierigkeiten birgt hier die Frage in sich, welche von den das Zubehör des

[2]) Vgl. z. B. Stein A. I zu § 977. Sydow-Busch A. 2 zu § 979. Freudenthal zu § 979.

[1]) Diese Einschränkung bezieht sich auf § 23 Abs. 1 S 2 ZVG.

[2]) Vgl. Recht Beil. 08. 378.

[3]) Vgl. Motive S. 179.

Grundstücks bildenden beweglichen Sachen von dem Gebot umfaßt werden. Denn da der Gläubiger kraft seines Titels nur einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners hat, so müßten an sich alle Zubehörstücke, die einem Dritten gehören, außer Betracht bleiben. Der Bieter müßte sich also, um sich Gewißheit über den Umfang des Versteigerungsgegenstandes zu verschaffen, nicht nur darüber schlüssig werden, ob eine bewegliche Sache Zubehör des zu versteigernden Grundstücks ist oder nicht, sondern er müßte auch noch prüfen, ob diese als Zubehör des Grundstücks erkannten Sachen auch wirklich zum Vermögen des Schuldners gehören. Zur Beurteilung der letzten Frage fehlt aber dem Bieter jede Handhabe, ganz abgesehen davon, daß dabei unter Umständen schwierige rechtliche Verhältnisse vorliegen.

Zur Beseitigung der daraus notwendig erwachsenden Unsicherheit bestimmt § 55 Abs. 2, daß bei Zubehörstücken nicht die Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners entscheidend sein soll, sondern daß sich ohne Rücksicht darauf die Versteigerung auf alle Zubehörteile erstreckt, die sich im *Besitze* des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden.

Was versteht nun § 55 Abs. 2 unter Besitz des Schuldners (oder neu eingetretenen Eigentümers)?

Behalten wir im Auge, daß nur *Zubehörstücke* in Betracht kommen, also gemäß § 97 BGB[1]) nur bewegliche Sachen, die dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen, so versteht sich von selbst, daß der Schuldner, wenn er als *unmittelbarer* Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Hauptsache — nämlich das Grundstück — hat, damit auch die tatsächliche Gewalt über die *Zubehörstücke* desselben erlangt. Es dürfte daher auch ausgeschlossen sein, daß ein *Dritter* eine selbstständige tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, die trotz dieses unmittelbaren Besitzes des Dritten dem wirtschaftlichen Zweck des Grundstücks, das in unmittelbarem Besitz des Schuldners ist, zu

[1]) Die Frage, ob § 55 Abs. 2 Zubehöreigenschaft in vollem Sinn des § 97 BGB verlangt, oder ob das sogen. tatsächliche Zubehör (vgl. RG 39, 295; 49, 255 f) dem § 55 Abs 2 genügt, ist hier nicht zu untersuchen; jedenfalls kann aus dem Besitz an dem Zubehörstück nicht auf die dauernde Verwendung im Interesse des Grundstücks geschlossen werden, da der Besitz auch nur in der tatsächlichen Beziehung der Person zur Sache in Erscheinung tritt, ohne daß daraus ein zwingender Schluß auf die *Dauer* dieses Verhältnisses möglich wäre.

dienen bestimmt ist und in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis zum Grundstück steht. Denn das Eindringen des Dritten in den Machtbereich des Schuldners dürfte doch wohl gerade deutlich zeigen, daß die Sache nicht dem Grundstück, sondern dem besitzenden Dritten dienen soll.

Ebenso dürfte es sich auch gegenseitig ausschließen, daß eine bewegliche Sache, über die der Schuldner als Besitzdiener eines andern, also für den andern und nach dessen Weisung, die tatsächliche Gewalt ausübt, Zubehör des Grundstücks sein kann, über das der Schuldner in seinem Interesse die tatsächliche Gewalt als Eigentümer und unmittelbarer Besitzer ausübt.

Es muß also, wenn der Schuldner im unmittelbaren Besitz des Grundstücks ist, notwendig auch jede bewegliche Sache, die ein Zubehörstück dieses Grundstücks bildet, in dessen unmittelbarem Besitz sein.

Bei dieser Voraussetzung ist daher die Abstellung auf den Besitz des Schuldners, der genügen soll, dem Ersteher das Eigentum an den Zubehörstücken zu verschaffen, auch wenn sie nicht dem Schuldner gehören, eigentlich überflüssig. Es hätte dieselbe Wirkung, wenn Abs. 2 § 55 sagen würde, die Versteigerung erstreckt sich auf die Zubehörstücke auch dann, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, daß dieser Recht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 geltend gemacht hat.

Bedeutung gewinnt diese Bestimmung erst, wenn nicht der Schuldner oder neu eingetretene Eigentümer den unmittelbaren Besitz des Grundstücks und damit auch der Zubehörstücke desselben hat, sondern ein Dritter als Mieter, Pächter oder Nutzungsberechtigter unter Vermittelung des mittelbaren Besitzes an den Schuldner.[5])

Hier sind zwei Gruppen von Zubehörstücken möglich. Einmal das Zubehör, das der Eigentümer dem Grundstück angefügt hat und zum andern das Zubehör, das der Mieter von sich aus dem Grundstück angefügt hat. An dem letzteren hat der Eigentümer natürlich nicht etwa mittelbaren Besitz, denn er hat ja keinerlei Herausgabeanspruch gegen den Mieter in Bezug auf diese Sachen, gleichgültig, ob sie dem Mieter selbst gehören oder ob sie dieser seinerseits wieder von einem Dritten gemietet hat. Demgegenüber hat der Eigentümer mittelbaren Besitz an den Zubehörstücken, die er dem Grundstück eingefügt hat, ohne Rücksicht darauf ob sie ihm gehören oder einem Dritten.

---

[5]) Hierher gehört auch der Fall, daß ein Mieter usw. nur einen Teil des Grundstücks gemietet usw. hat, wie z. B. der Logiergast in einer Fremdenpension.

Die Beschlagnahme umfaßt nun aber, wie oben erörtert, die Zubehörstücke nur, soweit sie im Eigentum des Schuldners stehen. Ohne die Vorschrift des Abs. 2 des § 55 würde also auch die Versteigerung nur diese Zubehörstücke berühren. Die Bieter hätten daher, wenn sie sich Klarheit über den Umfang des Versteigerungsgegenstandes verschaffen wollten, bei jedem Zubehörstück zu prüfen, ob es nicht etwa vom Mieter selbst herrührt und wenn sie festgestellt hätten, daß es vom Eigentümer kommt, hätten sie noch weiter zu prüfen, ob es auch Eigentum des Subhastaten und nicht etwa eines Dritten ist.

Der Bieter sähe sich dadurch Fragen gegenübergestellt, die zweifelsfrei zu lösen er nicht im Stande ist. Hier schlägt nun der Abs. 2 § 55 ein.

Zwar bestimmt er nicht, was jedenfalls das klarste und einfachste wäre, daß jede bewegliche Sache, die als Zubehör des zu versteigernden Grundstücks anzusehen ist, auch von der Versteigerung umfaßt werden und in das Eigentum des Erstehers übergehen soll, wenn der Dritteigentümer nicht sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 geltend gemacht habe. Eine solche Regelung entspräche nicht der Billigkeit, denn das Dazwischentreten eines Dritten als unmittelbaren Besitzer des Grundstücks ist auch für die Bieter wahrnehmbar.[6]) Sie müssen daher auch damit rechnen, daß der Dritte von sich aus Zubehörstücke dem Grundstück angefügt hat. Es erscheint daher durchaus als billig, ihnen eine dahingehende Prüfung aufzuerlegen und nicht etwa den Mieter zur Geltendmachung seines Rechts nach § 37 Nr. 5 zu zwingen.[7])

Dagegen soll nach der Vorschrift des § 55 Abs. 2 sich die Versteigerung auf alle Zubehörstücke erstrecken, die der Schuldner in Besitz hat. Unter Besitz kann nur der mittelbare Besitz verstanden werden, denn von einem unmittelbaren Besitz des Schuldners kann ja keine Rede sein, wenn er, wie hier vorausgesetzt ist, das Grundstück vermietet hat.

Was ist aber dadurch für den Bieter gewonnen?

Dem Bieter ist, wenn er einmal festgestellt hat, daß die Zubehörstücke nicht vom Mieter sondern vom Schuldner herrühren, die weitere Untersuchung darüber, ob sie aber auch im Eigentum des Schuldners stehen, erspart.

---

[6]) Vgl. dagegen den Fall in RG 49, 254 f.

[7]) Vgl. Jaeckel-Güthe A. III 1b und die dort zitierten u. RG 49. S. 256.

Dieses Ergebnis ist durchaus befriedigend. Das Eigentum des Mieters, an dem ja der Subhastat keinen mittelbaren Besitz hat, ist geschützt. Der Bieter seinerseits kann sich darauf beschränken, zu prüfen, an welchen Zubehörstücken der Mieter seinen unmittelbaren Besitz vom Subhastaten herleitet. Die Stellung des Dritten, der eine ihm gehörige bewegliche Sache dem Subhastaten zum Besitz überlassen hat, ist dieselbe, wie wenn das Grundstück nicht vermietet wäre; er muß sein Recht nach § 37 Nr. 5 geltend machen, wenn er nicht sein Eigentum durch den Zuschlag einbüßen will.

Es erscheint daher der Schluß sehr wohl gerechtfertigt, daß in § 55 Abs. 1 unter Besitz des Schuldners oder neu eingetretenen Eigentümers sowohl der unmittelbare als auch besonders der mittelbare Besitz gemeint sein muß.[8])

§ 93.

Nach § 90 ZVG wird der Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer des Grundstücks. Er leitet sein Eigentum nicht von dem Recht des Schuldners ab, sondern erwirbt es durch den Zuschlag originär.

Eine Folge des Eigentums ist, daß der Ersteher zum Besitz des Grundstücks und der mitversteigerten Sachen berechtigt ist und infolgedessen einen Herausgabeanspruch gegen den Besitzer hat (§ 985 BGB). Zur zwangsweisen Durchsetzung dieses Anspruchs müßte sich der Ersteher an sich durch Klage aus § 985 BGB einen vollstreckbaren Titel gegen den Besitzer verschaffen und auf Grund des so gewonnenen Titels die Zwangsvollstreckung betreiben.

Diese Klage will ihm nun § 93 ersparen.

Wie § 93 sagt, findet aus dem Beschlusse, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, gegen den Besitzer des Grundstücks oder einer mitversteigerten Sache die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe statt. Anders ausgedrückt bestimmt § 93, daß der Zuschlagsbeschluß ein vollstreckbarer Titel wie das Urteil nach § 704 ZPO oder die Titel des § 794 ZPO ist.[1]) Infolgedessen hat der Ersteher nichts weiter nötig, als den Zuschlagsbeschluß mit einer Vollstreckungsklausel versehen und so zu einer vollstreckbaren Ausfertigung machen zu lassen. (§ 724 ZPO.)

[8]) So auch ausdrücklich Reinhard A. II Abs. 3 u. Jaeckel-Güthe A. III 1 zu § 55. v. d. Pfordten A. 3 zu § 55 und die einschlägigen Entscheidungen vgl. RG 39. 295, 49, 254 f. J. W. 05, 175; Recht Beil. 08, 378; Rechtsspr. d. OLG. 27, 177 sprechen sich nicht bestimmt darüber aus, lassen aber eine gegensätzliche Meinung nicht erkennen.

[1]) Vgl. Stein A. VIII zu § 794 ZPO.

Das Ziel der Zwangsvollstreckung ist Räumung des Grundstücks und Herausgabe der mitversteigerten Sachen; sie soll also dem Ersteher den unmittelbaren Besitz verschaffen.

Das Verfahren vollzieht sich, wie allgemein anerkannt wird,[2]) nach ZPO § 883 f. Nach diesen Vorschriften richtet sich die Zwangsvollstreckung in der Regel gegen den unmittelbaren Besitzer der Sache (§ 883, 885, ZPO). Hat aber ein Dritter, gegen den der Vollstreckungsgläubiger keinen Titel hat, die Sache als Besitzmittler des Vollstreckungsschuldners in seinem unmittelbaren Besitz,[3]) so eröffnet ihm § 886 den Weg, den Herausgabeanspruch des Vollstreckungsschuldners gegen den unmittelbaren Drittbesitzer pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen.

Ist nun aber eine solche Ausnahmebestimmung auch für den Ersteher veranlaßt?

Das ist zu verneinen. Denn der Ersteher hat nach § 93 kraft seines originären Eigentumserwerbs den Herausgabeanspruch gegen jeden Besitzer, es sei denn, daß der Besitzer auf Grund eines Rechtes besitzt, das durch den Zuschlag nicht erloschen ist. Der Ersteher kann also gegen *jeden* unmittelbaren Besitzer direkt vorgehen, sei es nun, daß dieser seinen unmittelbaren Besitz auf ein ihm zustehendes Recht stützt, das durch den Zuschlag erloschen ist, sei es daß er Besitzmittler eines mittelbaren Besitzers ist, dessen Recht auf den Besitz durch den Zuschlag erloschen ist. Eine Pfändung des Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzes wäre überhaupt nicht mehr möglich, weil der mittelbare Besitzer mit dem Verlust des Rechts auf Besitz auch die Äußerung desselben, nämlich den Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler, verliert. An seine Stelle tritt kraft des Zuschlags der Ersteher.[4])

Das Ergebnis ist also, daß unter *Besitz* im Sinne des § 93 nur der *unmittelbare* Besitz zu verstehen ist, gleichgültig, ob Eigen- oder Fremdbesitz, denn wenn das Recht des Besitzers auf Besitz erloschen ist, so kann sich dem auf das Eigentum sich grün-

[2]) Vgl. die *Motive* zit. bei *Jaeckel-Güthe* A. I und diesen selbst in A. II zu § 93.

[3]) Vgl. *unsere* Ausführungen zu § 886.

[4]) Vgl. *Reinhard* A. II 1b und *Jaeckel-Güthe* A. II 1a und II 1b. Auch v. d. *Pfordten* sagt in A. 3, Abs. 4: „Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück erfolgt nach § 885 ZPO, die in bewegliche Sache nach § 883 ZPO." *Anderer* Ansicht sind offenbar die Motive, die neben § 883, 885 auch den § 886 zitieren.

denden Herausgabeanspruch des Erstehers auch nicht der Wille des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, hindernd in den Weg stellen.

Hat der Ersteher das Recht und die Macht, seinen Besitzanspruch gegenüber dem Besitzer zu verwirklichen, so wird die Durchsetzung dieses Anspruchs natürlich nicht dadurch gehindert, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt durch einen Besitzdiener ausüben läßt. Die Zwangsvollstreckung richtet sich nur gegen den Besitzer und ist ohne Rücksicht auf den Besitzdiener durchzuführen.

§ 147.

Während nach § 17 Abs. 1 ZVG die *Zwangsversteigerung* nur angeordnet werden darf, wenn der Schuldner als *Eigentümer* des Grundstücks eingetragen ist, gestattet der § 147 Abs. 1 unter der Voraussetzung, daß ein Anspruch aus einem eingetragenen Rechte verfolgt wird, die Anordnung der *Zwangsverwaltung* auch dann, wenn der Schuldner nicht als Eigentümer des Grundstücks eingetragen ist, sondern nur *Eigenbesitzer* des Grundstücks ist.

Das ZVG gibt keine Definition des Eigenbesitzes, während, wie bekannt, das BGB den Ausdruck Eigenbesitzer in § 872 neu aufgestellt und definiert hat. Daraus kann aber noch nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß § 147 ZVG den Ausdruck Eigenbesitz genau im gleichen Sinn verwenden will wie das BGB. Wir werden vielmehr prüfen müssen, ob die Erweiterung, die § 147 gegenüber § 16 ZVG bringt, sich gegenüber dem Eigenbesitz im Sinne des BGB rechtfertigen läßt oder ob nicht die Sachlage, zu deren Regelung unsere Vorschrift Bestimmungen trifft, zu der Annahme zwingt, daß § 147 von einem anderen Begriff ausgeht.

Hier ergibt sich nun Folgendes:

Im Gegensatz zur *Zwangsversteigerung*, die das Eigentumsrecht des Schuldners am Grundstück zerstört, berührt die *Zwangsverwaltung* die Eigentumsverhältnisse am Grundstück nicht. Es sollen vielmehr nach § 155 Abs. 2 nur die wirtschaftlichen Erträgnisse, die sich aus der Verwaltung und Benutzung des Grundstücks ergeben, zur Befriedigung des Gläubigers und der ihm nach § 10 ZVG vorgehenden Berechtigten verwendet werden.

Nun besteht allerdings der wesentliche Inhalt des Eigentums gerade darin, daß der Eigentümer über das Grundstück nach seinem Belieben verfügen[1]) und die wirtschaftlichen Erträgnisse desselben

[1]) Vgl. § 903 BGB.

ziehen kann. Er kann letzteres direkt dadurch tun, daß er als unmittelbaren Besitzer das Grundstück selbst oder durch einen Besitzdiener verwaltet, oder indirekt dadurch, daß er sich mit der Stellung eines mittelbaren Besitzers begnügt und einem Dritten den unmittelbaren Besitz des Grundstücks überläßt. In letzterem Falle besteht das wirtschaftliche Erträgnis des Grundstückes für den Eigentümer in dem Entgelt, daß der Dritte ihm für die Überlassung des unmittelbaren Besitzes zu leisten hat.[2])

Es wird sich also in der Regel die Zwangsverwaltung, die sich ja nach § 148 Abs. 2 in der Entziehung der Verwaltung und Benutzung des Grundstücks äußert, gegen den Eigentümer als den Inhaber dieses Verwaltungs- und Benutzungsrechts richten müssen.

Von dieser Regel bestehen aber Ausnahmen, dann, wenn ein anderer als der eingetragene Eigentümer tatsächlich wie ein Eigentümer über das Grundstück verfügt, z. B. ein Käufer nach Übergabe, aber vor Auflassung und Eintragung nach § 873, 925 BGB. Bei solcher Sachlage ist das Eigentum des eingetragenen Eigentümers materiell inhaltslos, denn er besitzt weder das Grundstück noch bezieht er irgend welche Nutzungen aus demselben. Eine Zwangsverwaltung gegen ihn könnte daher auch zu keinem Ergebnis führen, seine Rechtsstellung würde dadurch in keiner Weise berührt. Als Vollstreckungsschuldner kann vielmehr allein die Person in Betracht kommen, die das Grundstück an seiner Stelle wie ein Eigentümer verwaltet und benutzt. Infolgedessen erscheint es notwendig, einen vollstreckbaren Titel gegen diesen „tatsächlichen Eigentümer" genügen zu lassen zur Durchführung der Zwangsverwaltung, was um so weniger Bedenken hat, als ja der Gläubiger auf Grund der dinglichen Wirkung seines eingetragenen Rechtes sich gegen jeden einen Titel verschaffen kann, der sich der Verwirklichung seines Anspruchs hindernd in den Weg stellt.

Da nun aber das BGB für diesen „tatsächlichen Eigentümer" in § 872 den technischen Ausdruck „Eigenbesitzer" geprägt hat, so kann man wohl mit Recht den Schluß ziehen, daß § 147 ZVG den Begriff mit dem Ausdruck Eigenbesitz hat übernehmen wollen. Es besteht auch hierüber kein Streit.[3])

Der Nachweis des Eigenbesitzes des Schuldners genügt auch dann, wenn er nur ein mittelbarer ist.

---

[2]) S unten.

[3]) Vgl. z. B. Jaeckel-Güthe A. I.

Dies geht aus dem Gesetz selbst hervor. Denn die Bestimmung des § 152 Abs. 2, daß der Miet- oder Pachtvertrag auch dem Verwalter gegenüber wirksam ist, wenn das Grundstück dem Mieter oder Pächter vor der Beschlagnahme überlassen ist, hat zur notwendigen Voraussetzung, daß die Zwangsverwaltung gegen einen Schuldner angeordnet ist, der sich nur im mittelbaren Besitz des Grundstücks befindet.

Daß die Durchführung der Zwangsverwaltung gegen den Eigenbesitzer nicht dadurch gehindert wird, daß der Eigenbesitzer die tatsächliche Gewalt über das Grundstück durch einen Besitzdiener ausüben läßt, bedarf wohl keiner näheren Begründung.

Auch diese Ausführungen sind communis opinio. vgl. z. B. Jaeckel-Güthe A. II. 1 a zu § 147 ZVG.

Als Ergebnis können wir somit feststellen, daß § 147 ZVG den Ausdruck Eigenbesitz in der gleichen Bedeutung und im gleichen Umfang verwendet wie das BGB zur Bezeichnung desjenigen, der die Sache als ihm gehörend unmittelbar oder mittelbar besitzt.

§ 150.

Wie schon dargelegt, soll die Zwangsverwaltung dem Gläubiger Befriedigung aus den Nutzungen des schuldnerischen Grundstücks verschaffen. Zur Sicherung ihrer Durchführung wird nach § 148 Abs. 2 ZVG dem Schuldner durch die Beschlagnahme die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen. An seine Stelle tritt der Verwalter. Um diesem die Ausübung seines Amtes auch tatsächlich möglich zu machen, hat das Gericht, wie § 150 Abs. 2 sagt, dem Verwalter durch einen Gerichtsvollzieher oder einen sonstigen Beamten das Grundstück zu übergeben oder ihm die Ermächtigung zu erteilen, sich selbst den Besitz zu verschaffen.

Die zwei Wege, die die Vorschrift eröffnet, sollen, wie sich aus dem Wortlaut zweifelsfrei ergibt, zum gleichen Ziele führen, nämlich den Verwalter in den Besitz des Grundstücks zu bringen. Zugleich gibt uns die Fassung des § 150 noch weiter einen Anhalt dafür, welcher Art der Besitz sein soll, in den der Verwalter gelangen soll. Denn wenn der Gerichtsvollzieher dem Verwalter zum Zwecke der Besitzverschaffung das Grundstück „übergibt", so bekommt es der Verwalter damit in seine tatsächliche Gewalt und da er kraft seines Amtes dazu berechtigt ist, so verschafft ihm seine tatsächliche Gewalt die Stellung eines unmittelbaren Besitzers. Eine Übertragung des

mittelbaren Besitzes durch Übergabe des Grundstücks ist begrifflich unmöglich.

Dafür, daß § 150 Abs. 2 *nur* den *unmittelbaren* Besitz im Auge hat, spricht aber noch weiter Folgendes:

Gehen wir zunächst von der Voraussetzung aus, daß der Schuldner das Grundstück in seinem unmittelbaren Besitz hat, so ist klar, daß die Beschlagnahme an sich nur die Wirkung haben kann, dem Schuldner das *Recht* auf Verwaltung und Benutzung des Grundstücks zu entziehen. Die *tatsächliche* Möglichkeit, die wirtschaftlichen Erträgnisse des Grundstücks zu ziehen, hat der Schuldner dagegen auf Grund seines unmittelbaren Besitzes nach wie vor[1]). Diese tatsächliche Möglichkeit, die den Zweck des Verfahrens in höchstem Maße gefährdet, kann nur dadurch beseitigt werden, daß dem unmittelbar besitzenden Schuldner sein Besitz entzogen wird.

Daß auch das Gesetz selbst die Entziehung der tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit für notwendig hält, ergibt sich aus der Bestimmung des § 149 ZVG. Der Absatz 1 des § 149 gewährt, offenbar aus sozialpolitischen Gründen, dem Schuldner den Anspruch auf Belassung der für seinen Hausstand unentbehrlichen Räume, wenn er zur Zeit der Beschlagnahme auf dem Grundstück wohnt. Mit anderen Worten soll unter den gegebenen Voraussetzungen dem Schuldner sein unmittelbarer Besitz über das Grundstück, — daß er ihn hat, folgt notwendig daraus, daß er auf dem Grundstück wohnt — nicht im *ganzen* Umfang entzogen werden, sondern unberührt bleiben, soweit er unentbehrliche Wohnräume betrifft Aber auch *diesen* Anspruch verwirkt der Schuldner nach § 149 Abs. 2 wenn er oder ein Mitglied seines Hausstandes das Grundstück oder die Verwaltung gefährdet. Auf Antrag des Verwalters hat in solchem Falle das Gericht dem Schuldner die vollständige Räumung des Grundstücks aufzugeben.[2])

Aus diesen Ausnahmebestimmungen folgt als Regel, daß die Zwangsverwaltung mit der Beseitigung der tatsächlichen Gewalt des Schuldners über das Grundstück verbunden ist.

Naturgemäß ist sie auf den zu übertragen, der auch *rechtlich* an die Stelle des Schuldners tritt, also an den *Verwalter*, um so mehr, als aus dem Gesetz nicht ersichtlich ist, daß etwa eine andere Person in den unmittelbaren Besitz des Schuldners einzutreten habe.

[1]) So auch *Reinhard* A. III. 1 zu § 150: „Die Anordnung der Zwangsverwaltung hebt den bisherigen Besitz des Schuldners nicht auf."

[2]) Vgl. *Jaeckel-Güthe* A. II. 2 zu § 149.

Darnach erscheint die Ansicht gerechtfertigt, daß nach § 150 Abs. 2 — unmittelbarer Besitz des Schuldners vorausgesetzt — der Besitz, der dem Verwalter verschafft werden soll, nicht etwa der mittelbare, sondern der unmittelbare Besitz ist.

Wie ist es aber, wenn ein Dritter den unmittelbaren Besitz über die Sache hat? Ist dann gegen ihn die Besitzentsetzung nach § 150 aus dem gegen den Schuldner gerichteten Beschluß notwendig oder überhaupt möglich oder genügt es, wenn dem Verwalter der mittelbare Besitz übertragen wird und wie geht dies dann vor sich?

Da die Anordnung der Zwangsverwaltung und die dadurch veranlaßten Maßnahmen Maßregeln der Zwangsvollstreckung sind zur Verwirklichung eines gegen den Schuldner sich richtenden Anspruchs, so ist selbstverständlich, daß der Vollstreckungstitel keinerlei Ermächtigung gibt, ohne weiteres in die selbständige Rechtssphäre eines Dritten einzugreifen. Zu dieser unangreifbaren Rechtssphäre gehört aber auch die selbständig geschützte Stellung, die mit dem unmittelbaren Besitz an einer Sache verbunden ist. Hat also ein Dritter unmittelbaren Besitz an dem Grundstück, das in Zwangsverwaltung genommen werden soll, so kann in diesen Besitz nur eingegriffen werden, wenn entweder der Dritte einwilligt oder wenn der Gläubiger gegen ihn einen Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung erwirkt hat.[3])

Genügt aber, wenn der dritte Besitzer dem Schuldner den mittelbaren Besitz vermittelt, zur Durchführung der Zwangsvollstreckung vielleicht, daß der Verwalter in die mittelbare Besitzerstellung des Schuldners eintritt?

Für zwei Fälle ist dies vom Gesetz ausdrücklich anerkannt und zwar nach § 152 Abs. 2 bei dem mittelbaren Besitz auf Grund eines Miet- oder Pachtverhältnisses. Der Grund dieser Bestimmung ist, wie schon bei § 147 dargelegt ist, darin zu finden, daß in solchem Falle das wirtschaftliche Erträgnis des Grundstücks für den Eigentümer oder Eigenbesitzer in dem Miet- oder Pachtgeld besteht. Der Zweck der Zwangsverwaltung erscheint daher erfüllt, wenn der Verwalter für den Gläubiger dieses Miet- oder Pachtgeld einzieht. Dazu reicht aber der mittelbare Besitz des Verwalters aus.

Es fragt sich nur, ob zur Übertragung des mittelbaren Besitzes auf den Verwalter eine eigene Besitzübertragungshandlung nötig ist oder nicht.

[3]) Vgl. RG 38. 397. Rechtspr. d. OLG 20. 210, auch § 193 Abs. 2 des Entw. I u. sämtl. Kommentare z. B. Jaeckel-Güthe A. II 2 Abs 3 zu § 150.

Hiezu führt Jaeckel-Güthe A. II 1 zu § 150 aus: „Das Gericht hat von Amtswegen dafür zu sorgen, daß der Verwalter in den Besitz des Grundstücks gelangt. Dies wird auch in dem Fall zu gelten haben, in dem das Grundstück vermietet oder verpachtet ist. Denn wenn auch in einem solchen Falle der Verwalter nur den mittelbaren Besitz erlangt, so ist doch auch dessen tatsächliche Übertragung schon deswegen nötig, weil der Verwalter nicht nur die Miet- und Pachtzinsen einzuziehen, sondern auch sonstige Rechte auszuüben hat, die sonst dem Eigentümer zustehen (§ 152 Abs. 1 a. A. Grützmann und v. d. Pfordten). Ebenso wird die körperliche Übergabe der Sache nicht dadurch überflüssig ..."

Jaeckel-Güthe hält also eine „tatsächliche" Übertragung des mittelbaren Besitzes für notwendig, ohne übrigens zu sagen, wie er sich diese tatsächliche Übertragung vorstellt.[4]) Nun wird aber nach § 870 BGB der mittelbare Besitz nicht als solcher übertragen, sondern geht als Folgeerscheinung des Anspruchs auf Herausgabe auf den Anspruchsinhaber über. Der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe ist aber schon durch die Beschlagnahme, die nach § 148 Abs. 2 dem Schuldner die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzieht, auf den Verwalter, der nach § 152 in die Rechte des Schuldners eintritt, übergegangen und infolgedessen auch der mittelbare Besitz.[5]) Es ist daher für eine „tatsächliche Übertragung" des mittelbaren Besitzes kein Raum mehr, sodaß § 150 Abs. 2 für diesen Fall überhaupt nicht in Betracht kommt. Es besteht auch kein Bedürfnis, den Übergang des mittelbaren Besitzes besonders zu dokumentieren, weil der Verwalter eine Zahlung des Mieters oder Pächters an den Schuldner sehr leicht dadurch verhindern kann, daß er die Zustellung eines Zahlungsverbots an diese beantragt (ZVG 151 Abs. 3 mit § 22 Abs. 2).

Endlich sind noch die Fälle zu berücksichtigen, in denen der Schuldner vom unmittelbaren Besitzer kein Entgelt bezieht, sei es nun, daß er den mittelbaren Besitz hat oder nicht. Hier ist eine Zwangsverwaltung gegen den Schuldner zwecklos, weil er ja keine Erträgnisse aus dem Grundstück zieht,[6]) sie kann sich nur gegen den unmittelbaren Besitzer selbst richten, gegen den aber, wie gesagt, ein eigener Vollstreckungstitel vorliegen muß.

[4]) Vgl. noch dazu Jaeckel-Güthe A. III 1 zu § 148. A. I 3 zu § 151.

[5]) Gleicher Ansicht offenbar v. d. Pfordten A. 4 zu § 150. Reinhard A. III 1d zu § 150.

[6]) Vgl. Jaeckel-Güthe A. II 2, Abs. 3 zu § 150.

Als Ergebnis gewinnen wir also, daß der Besitz, der nach § 150 Abs. 2 dem Verwalter zu verschaffen ist, nur der unmittelbare Besitz ist, nicht aber der mittelbare.

§ 151.

Der § 151 Abs. 1 verwendet den Ausdruck Besitz im gleichen Sinne wie § 150, spricht er doch davon, daß der Verwalter nach § 150 den Besitz des Grundstücks verlangt.

Übrigens ist § 151 Abs. 1 eine Bestätigung für die Ansicht, daß mit Besitz in § 150 und mithin auch in § 151 nur der unmittelbare Besitz gemeint ist. Denn § 151 beruht doch offenbar auf dem Gedanken, daß durch die Besitzergreifung des Grundstücks seitens des Verwalters die Beschlagnahme ebenso deutlich erkennbar wird, wie durch Zustellung des Beschlusses an den Schuldner oder durch das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerks an das Grundbuchamt (§ 22 Abs. 1 ZVG).

Erkennbar nach außen wird aber nicht die Erlangung des mittelbaren Besitzes, der, wie ausgeführt, nur eine Folgeerscheinung des Übergangs des Herausgabeanspruchs ist, sondern die Erlangung des unmittelbaren Besitzes, d. h. der tatsächlichen Gewalt über das Grundstück.[1])

§ 164.

Im Gegensatz zu § 17, nach dem die Zwangsversteigerung in Grundstücke nur angeordnet werden darf, wenn der Schuldner als Eigentümer des Grundstücks eingetragen ist, bestimmt § 164, daß die Zwangsversteigerung eines im Schiffsregister eingetragenen Schiffes nur[2]) angeordnet werden darf, wenn der Schuldner das Schiff im Eigenbesitz hat.

Der Grund dieser Abweichung liegt darin, daß das Schiffsregister für den Übergang des Eigentums an dem Schiffe nicht die Bedeutung hat wie das Grundbuch für den Eigentumsübergang am Grundstück. Denn während letzterer nach § 873 BGB von der Eintragung im Grundbuch abhängig ist, und daher die Vermutung des § 891 BGB, daß der als Eigentümer eingetragene wirklich Eigentümer sei, durchaus gerechtfertigt ist, vollzieht sich die Übertragung des Eigentums am Schiffe durchaus formlos nach den

[1]) Übereinstimmend v. d. Pfordten A. 1 zu § 151, offenbar auch Reinhard A. III 1 d zu § 150. Dagegen Jaeckel-Güthe A. I 3 zu § 151.

[2]) Von dem im HGB und Binnen-Sch.-G. enthaltenen Ausnahmen kann hier abgesehen werden.

Regeln, die für bewegliche Sachen gelten, also ganz unabhängig von der Eintragung ins Schiffsregister. Man kann daher auch darin, daß eine Person als Eigentümer eines Schiffes im Schiffsregister eingetragen ist, keinen Beweis dafür erblicken, daß der eingetragene wirklich noch Eigentümer ist. Auch ein sonstiger formeller Nachweis des Eigentumsrechts ist nicht möglich.

Da man aber von einem Nachweis des Eigentums nicht ganz absehen kann — bedeutet doch die Zwangsversteigerung vor allem einen Eingriff in das Eigentum – so ist unter solchen Umständen das natürlichste und sicherste von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen und bis zum Beweis des Gegenteils jeden, der tatsächlich als Eigentümer auftritt, auch rechtlich als solchen anzusehen.

Wer tatsächlich als Eigentümer einer Sache auftritt, den bezeichnet das BGB in § 872 als Eigenbesitzer der Sache.

Wenn nun § 164 sich des gleichen Ausdrucks bedient an einer Stelle, an der, wie dargelegt, die Verwendung in dem Sinne des BGB durchaus sachlich begründet erscheint, so dürfte die Annahme wohl gerechtfertigt sein, daß § 164 mit dem Ausdruck auch den Begriff des BGB übernehmen will.

Das muß auch insoweit gelten, als sowohl der Nachweis des unmittelbaren wie des mittelbaren Eigenbesitzes zur Begründung des Antrags auf Anordnung der Zwangsversteigerung genügt. Denn wenn einmal das Gesetz von dem formell nicht zu führenden Nachweis des Eigentums absieht und eine Anordnung der Zwangsversteigerung nur zuläßt, wenn der Eigenbesitz des Schuldners nachgewiesen wird, so muß es auch jede Form des Eigenbesitzes genügen lassen, die das materielle Recht für möglich hält. Wäre dem nicht so, wollte man vielmehr annehmen, § 164 wolle nur den Nachweis des unmittelbaren Eigenbesitzes als ausreichend gelten lassen, so würde jede Bestimmung im Gesetz darüber fehlen, was eigentlich der Gläubiger zur Begründung seines Antrags nachzuweisen habe, wenn der Schuldner den mittelbaren Eigenbesitz hat, also ein unmittelbarer schlechterdings nicht nachzuweisen ist.

Nicht hierher gehört die Frage, welche Wirkung der unmittelbare Besitz eines Dritten auf die Durchführung der Zwangsversteigerung hat. Denn der besondere Titel auf Duldung, den der Antragsteller unter Umständen gegen den Dritten sich verschaffen

muß, macht nicht den Nachweis überflüssig, daß auch die Voraussetzungen für das Verfahren gegen den Schuldner vorliegen.

Das Ergebnis entspricht der allgemeinen Meinung.[2])

§ 181 Abs. 3.

Nach § 753 BGB soll die Aufhebung einer Gemeinschaft an einem Grundstück, wenn eine Teilung in Natur nicht möglich ist, durch Zwangsversteigerung des Grundstücks erfolgen. Das gleiche gilt für eingetragene Schiffe, die § 864 ZPO ausdrücklich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterwirft.

Für dieses Verfahren trifft das ZVG besondere Bestimmungen in den §§ 180—184.

Zur Begründung des Antrags auf Zwangsversteigerung eines Schiffs zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft verlangt § 181 Abs. 1 Glaubhaftmachung durch Urkunden: einmal daß das Eigentum an dem Schiff dem Antragsteller und dem Antraggegner gemeinschaftlich zusteht und zweitens, daß einer von ihnen im Besitz des Schiffes ist.

Wie sofort ersichtlich ist, steht § 191 Abs. 3 auf einem ganz anderen Standpunkt wie § 164. Denn § 164 hat ja, wie wir gesehen haben, gerade um den Nachweis des Eigentums umgehen zu können, den Nachweis des Eigenbesitzes an dessen Stelle gesetzt. Hier wird aber ausdrücklich der Nachweis des Eigentums verlangt.

Der Grund, warum § 181 nicht den Umweg des § 164 wählt, liegt einmal darin, daß man die Gemeinschaftlichkeit des Eigentums, die die unbedingte Voraussetzung des Verfahrens bildet, nicht durch den Nachweis des gemeinschaftlichen Eigenbesitzes, der von einer rechtlichen Grundlage ganz unabhängig ist, beweisen kann und vor allem auch darin, daß der Nachweis des eigenen Eigentumsrechts an dem Schiff nicht den Schwierigkeiten begegnet wie der Nachweis des Eigentums eines Dritten, sodaß ein indirekter Nachweis mit Hilfe des Eigenbesitzes gar nicht veranlaßt ist.

Welchen Zweck hat es aber dann, daß § 181 Abs. 3 außer dem gemeinschaftlichen Eigentum noch den Besitz des Antragstellers oder Antraggegners glaubhaft gemacht haben will?

Wir werden wohl nicht fehl gehen, wenn wir das damit erklären, daß der Gesetzgeber durch diesen Nachweis Verfahren vermeiden will, die zwar rechtlich begründet sind, deren Durchführung

[2]) Vgl. z. B. Jaeckel-Güthe A. I 1 zu § 164.

aber daran scheitert[1]), daß das Objekt des Verfahrens, das eingetragene Schiff und somit eine bewegliche Sache, nicht zur Hand ist, weil es keiner der Teilhaber in seiner tatsächlichen Gewalt hat.[2])

Ist aber das richtig, so folgt daraus, daß nur die Glaubhaftmachung desjenigen Besitzes genügt, der die Möglichkeit der tatsächlichen Verfügung ohne Weiteres gewährt. Das ist allein der unmittelbare Besitz und zwar auch dann, wenn die tatsächliche Gewalt durch einen Besitzdiener ausgeübt wird, nicht dagegen der mittelbare, bei dem ein Dritter selbständig die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache hat, in die ohne besonderen Titel nicht eingegriffen werden kann.

Die Verwendung der Ausdrücke Besitz und Gewahrsam in der Konkursordnung

§ 44 (alt § 36).

Der § 44 gibt dem Verkäufer und Einkaufskommissionär bei einem Versendungskauf unter der Voraussetzung, daß der Gemeinschuldner den Kaufpreis noch nicht vollständig bezahlt hat, das Recht, Waren, die nicht schon vor der Eröffnung des Konkurses am Ort der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind, zurückzufordern.

Diese Bestimmung, eine Ausnahmevorschrift gegenüber § 26, 43 KO, beruht auf dem Gedanken,[1]) daß bei dem Versendungskauf der Verkäufer besonders stark gefährdet ist, weil hiebei meist eine Vorleistungspflicht des Verkäufers besteht und weil kreditschwache Schuldner, um noch Waren zu bekommen, sich oft nach auswärts wenden und daß ihm deshalb ein über den Rahmen des § 43 und § 26 hinausgehendes Rückforderungsrecht gewährt werden müsse.

[1]) Vgl. z. B. § 165 ZVG.

[2]) Auf diesem Standpunkt steht auch v. d. Pfordten, der in A. 7 zu § 181 ausführt: „Unter Besitz wird man nicht im Hinblick auf § 164 S. 1 den Eigenbesitz zu verstehen haben, das Erfordernis der Glaubhaftmachung des Besitzes dürfte nur die Bedeutung haben, daß die Möglichkeit tatsächlicher Verfügung über das Schiff durch einen Teilhaber eine Voraussetzung der Versteigerung bilden soll." Jaeckel-Güthe und Reinhard äußern sich zu dieser Frage nicht.

[1]) Vgl. Jaeger A. I zu § 44.

Das Rückforderungsrecht erlischt — die Ankunft am Ablieferungsort immer als gegeben angenommen — nicht schon dadurch, daß die Ware aus dem Gewahrsam des Verkäufers oder einer anderen Person für ihn herauskommt, was eigentlich das natürliche wäre, sondern erst dadurch, daß sie in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt. Daraus dürfte, was für unsere Untersuchung nicht ohne Bedeutung ist, zu entnehmen sein, daß die Vorschrift eine möglichst weitgehende Begünstigung des Verkäufers beabsichtigt.

Was bedeutet nun aber *Gewahrsam*? § 44 ist unverändert § 36 alter Folge. *Vor* der Novelle 98 verstand man unter Gewahrsam die tatsächliche Innehabung, wie es ja auch dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entspricht.[2]) Das BGB kennt den Ausdruck nicht mehr. Es fragt sich nun, ob es nicht mit dem von ihm für die tatsächliche Beziehungen zu einer Sache verwendeten Ausdruck Besitz dasselbe versteht, wie das alte Recht unter Gewahrsam verstanden hat. Ist dies nicht der Fall, so wäre weiter zu prüfen, ob nicht nach dem Willen des Gesetzgebers, der allerdings nirgends zum Ausdruck gekommen ist, nach Einführung des neuen Rechts unter Gewahrsam dasselbe verstanden werden soll, wie unter dem Besitz des BGB.

Was die erste Frage betrifft, so bedarf es wohl keiner näheren Begründung, daß zur Bezeichnung des *mittelbaren* Besitzverhältnisses der Ausdruck Gewahrsam *nicht* verwendet werden kann, denn es ist ja für den mittelbaren Besitz gerade charakteristisch, daß ein anderer als der mittelbare Besitzer die Sache tatsächlich innehat. Es wäre auch, wenn wir annehmen wollen, daß Gewahrsam dasselbe besagen soll wie Besitz, mit *Einschluß* des mittelbaren, die Hinzufügung des Passus: „oder einer anderen Person für ihn" durchaus überflüssig.

Kann man aber vielleicht sagen, daß der Gewahrsam und der *unmittelbare* Besitz gleichgestellt werden kann, daß also jeder unmittelbare Besitzer tatsächlicher Inhaber der Sache und jeder tatsächliche Inhaber deren unmittelbarer Besitzer ist?

In der Regel ist dies ja sicher der Fall, wie sich aus § 854 Abs. 1 ergibt. Aber diese Regel ist nicht ohne Ausnahme.

[2]) Vgl RG 8, 87: „Es unterliegt keinem Zweifel, daß die KO den Ausdruck Gewahrsam in derjenigen Bedeutung gebraucht, in welcher derselbe von den in deutscher Sprache abgefaßten Gesetzbüchern übereinstimmend gebraucht wird, zur Bezeichnung der tatsächlichen Innehabung."

Schon der unmittelbare Besitzer nach § 854 Abs. 2 ist zwar in der Lage, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, aber er hat die Möglichkeit noch nicht in die Wirklichkeit umgesetzt, hat hat also die Sache tatsächlich nicht inne.

Ähnlich ist es bei dem unmittelbaren Besitzer, der die tatsächliche Gewalt durch einen Besitzdiener ausübt (§ 855 BGB). Hier hat der Besitzdiener die Sache tatsächlich inne, unmittelbarer Besitzer ist aber nur der Besitzherr, gleichgültig ob sich die Sache in seinem Machtbereich befindet oder nicht.[3])

Also ist auch der von dem BGB geschaffene Begriff des unmittelbaren Besitzes keineswegs identisch mit dem Begriff, der in der alten KO dem Ausdruck Gewahrsam untergelegt wurde. Es bleibt daher noch zu prüfen, ob nicht der Begriff des Gewahrsams durch die Gesetzgebung von 1900 verändert worden ist.

Dagegen spricht zunächst, daß irgend eine ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers in dieser Richtung nicht vorliegt. Ein Übersehen kann, wie Jäger in der A. 16 zu § 44 darlegt, schon deswegen nicht angenommen werden, weil der Gesetzgeber im HGB durch die Novelle[4]) den Ausdruck „Gewahrsam" überall durch „Besitz" ersetzt hat (vgl. Art. 313, 374, 382 alter Fassung mit § 369, 397, 410 neuer Fassung) und auch bei der Neuredaktion der ZPO die Frage ausdrücklich besprochen wurde. Allerdings wurde hier von einer Änderung abgesehen, weil Gewahrsam dasselbe bedeute wie unmittelbarer Besitz.[5])

Sachlich spricht dagegen, daß es Fälle gibt, in denen der Gemeinschuldner den mittelbaren Besitz dadurch erlangt hat, daß ein anderer für ihn besitzt, trotzdem aber dadurch das Rückforderungsrecht des Verkäufers nach allgemeiner Meinung nicht ausgeschlossen ist. Hierher gehört der im Handelsverkehr eine so bedeutende Rolle spielende Fall, daß der Verkäufer dem Käufer die auf die verkauften Waren sich beziehenden Konnossements, Lade- oder Lagerscheine übersandt und ihm so den mittelbaren Besitz der Waren verschafft hat.[6]) Auch durch die Pfändung der Waren zur Sicherung eines Gläubigers des Gemeinschuldners oder durch die Pfändung, die die

[3]) Vgl. RG 71, 248.

[4]) Vom 10. Mai 1897.

[5]) Vgl. Prot. z. BGB VI. 717. Diese Auffassung, deren Richtigkeit wir, für § 808 ZPO wenigstens, bezweifeln müssen (s. o.), kann natürlich für die KO keine ausschlaggebende Bedeutung beanspruchen.

[6]) Vgl. HGB 369, 397, 410.

Zollbehörde im Verwaltungsweg vornimmt, wird dem Gemeinschuldner der mittelbare Besitz verschafft.

Trotzdem also in diesen Fällen ein „anderer für den Gemeinschuldner besitzt", erlischt das Verfolgungsrecht des Verkäufers dadurch nicht, es ist vielmehr gegenüber der Reichsgesetzgebung seit 1900 die bedeutsamste Wirkung des § 44, daß er in den genannten Fällen dem Verkäufer das Rückforderungsrecht bewahrt.[7])

Während die Meinung, die Gewahrsam gleich Besitz setzen will, sich hier schwer zu rechtfertigenden Ausnahmen gegenübersieht, hat die Auffassung, die unter Gewahrsam nach wie vor nur die tatsächliche Innehabung versteht, dafür eine ganz zwanglose Erklärung.

Nach letzterer Auffassung kommen nämlich die Besitzverhältnisse in technischem Sinn für § 44 gar nicht in Betracht. Es genügt also zur Beseitigung des Verfolgungsrechts des Verkäufers nicht, daß der Gemeinschuldner irgend einen Besitz an der Ware erlangt. Vielmehr ist hiezu, entsprechend der den Käufer begünstigenden Tendenz des § 44, notwendig, daß der Gemeinschuldner etwas getan hat, um die Ware in seine Hand zu bekommen, sei es nun, daß er sich selbst die tatsächliche Gewalt über die Sache verschafft hat, sei es, daß er einen andern beauftragt[8]) hat, sich die tatsächliche Gewalt für ihn, dem Gemeinschuldner, zu verschaffen.

Aus all' dem ergibt sich, daß bei § 44 die Besitzbegriffe des BGB keine Anwendung zu finden haben, sondern daß mit Gewahrsam *nur die tatsächliche Innehabung* bezeichnet werden soll.[9])

§ 117 (alt 107)

Nach § 6 verliert der Gemeinschuldner durch die Eröffnung des Konkurses die Befugnis sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. An seine Stelle tritt nach § 6 Abs. 2 der Konkursverwalter. Er hat die Konkursmasse zu verwerten und den Erlös nach den Bestimmungen der KO unter die Forderungsberechtigten zu verteilen.

---

[7]) Vgl. Jaeger A. 3 zu § 44.

[8]) Es genügt ein allgemeiner Auftrag, wie er z. B. gewöhnlich dem Platzspediteur erteilt ist.

[9]) Auf dem gleichen Standpunkt stehen Jaeger A 16 zu § 44. — Staub HGB Exkurs zu § 382 A. 109 f. — Düringer-Hachenburg HGB III S. 227, anscheinend auch Petersen-Kleinfeller A. 12 zu § 44 und Sydow-Busch A 6 u. 7 zu § 44. — Anderer Ansicht ist Hellmann Lehrbuch S. 164; auch L. Seuffert Konkursprozeßrecht (1899, S. 96 und andere werden als Gegner von Jaeger a. a. O. zitiert.

Im Zusammenhang damit bestimmt § 117 Abs. 1 daß der Konkursverwalter sofort nach der Eröffnung des Verfahrens das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen „in Besitz und Verwaltung zu nehmen" habe.

Der Zweck der Vorschrift ist offenbar der, möglichst bald im Interesse der Gläubiger die durch die Konkurseröffnung gewonnene rechtliche Lage auch tatsächlich herzustellen, mit andern Worten dem Konkursverwalter die Verwaltung und Verfügung über die Konkursmasse, zu der er auf Grund des § 6 KO berechtigt ist, auch tatsächlich möglich zu machen und sie damit dem Gemeinschuldner auch in tatsächlicher Hinsicht zu entziehen.

Es kann daher kein Zweifel sein, daß sich der Konkursverwalter die tatsächliche Gewalt an den zur Konkursmasse gehörigen Sachen zu verschaffen hat, die er im tatsächlichen Machtbereich des Gemeinschuldners vorfindet. Denn solange dies nicht geschehen ist, kann eben der Gemeinschuldner tatsächlich noch über die Sachen verfügen und dadurch, besonders in Anbetracht der Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb, die Konkursgläubiger benachteiligen. Es darf sich also der Konkursverwalter nicht mit einer dem mittelbaren Besitz entsprechenden Stellung gegenüber den Sachen begnügen, die der Gemeinschuldner in seiner tatsächlichen Gewalt d. h. in seinem unmittelbaren Besitz hat.[1])

Es fragt sich nun, ob der Konkursverwalter die tatsächliche Gewalt als Besitzdiener ausübt oder als unmittelbarer Besitzer.

Bedenken wir, daß der Gemeinschuldner nach § 6 KO jedes Verfügungsrecht verliert und daß die Verfügungen des Konkursverwalters in ihrer Wirkung gegenüber Dritten von der Zustimmung der Konkursgläubiger nicht abhängig sind (§ 136 KO[2]), so ist klar, daß der Konkursverwalter die selbständige Stellung eines unmittelbaren Besitzers an den in seine tatsächliche Gewalt gelangenden Sachen erwirbt und nicht die Stellung eines bloßen Besitzdieners.

Hat ein Dritter eine Sache in seinem unmittelbaren Besitz, die, als dem Gemeinschuldner gehörig, in die Konkursmasse fällt, so ist der Konkursverwalter aus den schon wiederholt dargelegten

[1]) Daß der Gemeinschuldner als Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, dürfte deswegen kaum vorkommen, weil sie ihm ja gehören muß. Gleichgültig ist, ob der Gemeinschuldner die tatsächliche Gewalt selbst oder durch einen Besitzdiener ausübt.

[2]) Vgl. Motive S. 336, 337 (Petersen-Kleinfeller 1890 S. 389.)

Gründen nicht ohne weiteres befugt, in den Besitz des Dritten einzugreifen und sich der Sache zu bemächtigen.

Muß aber vielleicht der Konkursverwalter den mittelbaren Besitz, den der Gemeinschuldner an dieser Sache hat, ausdrücklich beseitigen und auf sich übertragen?

Das ist zu verneinen. Denn der mittelbare Besitz entsteht, wie ebenfalls schon wiederholt ausgeführt ist, nach der Regelung des BGB nicht originär, sondern ist eine Folgeerscheinung des auf einem dem § 868 BGB entsprechenden Rechtsverhältnis beruhenden unmittelbaren Besitzes des Besitzmittlers. Seine bedeutsamste Äußerung ist der Anspruch auf Herausgabe, weshalb er auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen wird (§ 870 BGB) Da aber durch den Eröffnungsbeschluß kraft Gesetzes die Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes von dem Gemeinschuldner auf den Konkursverwalter übergeht (§ 6 KO), also schon durch den Eröffnungsbeschluß die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs dem Gemeinschuldner entzogen und auf den Konkursverwalter übertragen wird, so ist kein Raum mehr für eine besondere Verschaffung des mittelbaren Besitzes. Der Konkursverwalter ist vielmehr ohne weiteres im Stande und verpflichtet, den Herausgabeanspruch gegen den Dritten zu verfolgen und auf Grund des so gegen den Dritten gewonnenen Titels sich in den unmittelbaren Besitz der Sache zu setzen.

Aus all' dem ergibt sich, daß § 117 durch die Fassung „der Verwalter hat in Besitz zu nehmen" den Verwalter anweist, sich die tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 BGB über die zur Konkursmasse gehörigen Sachen zu verschaffen.

Es versteht sich wohl von selbst, daß der Verwalter nicht den unmittelbaren Eigenbesitz erwirbt, sondern nur den unmittelbaren Fremdbesitz. Die stark bestrittene Frage, wem er den mittelbaren Besitz vermittelt, kann, da sie über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgeht, hier nicht näher untersucht werden.

Schon zu § 107 alter Fassung, der in § 117 unverändert übernommen ist,[3]) herrschte Einstimmigkeit darüber, daß sich der Verwalter die tatsächliche Gewalt über die Sache zu verschaffen habe, wenn auch Streit darüber bestand, ob er dadurch Besitz oder bloße Innehabung (im Sinne des materiellen Rechts vor 1900) erwerbe.[4])

[3]) Die Novelle 1898 hat den Abs. 2 hinzugefügt, der hier aber nicht einschlägt.

[4]) Vgl. v. Völderndorff Bem. e I zu § 107 und die dort in Anm. 23 zitierten, und Petersen-Kleinfeller 1890 A. 1 zu § 107.

Für das neue Recht nimmt die weitaus herrschende Meinung in sachlicher Übereinstimmung damit an, daß unter Besitz in § 117 KO nur der unmittelbare Besitz des BGB nach § 854, 868 zu verstehen ist.[5])

Die hievon abweichenden Ansichten beruhen nicht etwa auf dem Gedanken, daß die KO einen besonderen Besitzbegriff habe schaffen wollen; vielmehr wird dem Konkursverwalter zwar der unmittelbare Besitz allgemein zugesprochen: Streit besteht aber darüber, ob und inwieweit dem Gemeinschuldner ein Besitz irgend welcher Art erhalten bleibt.[6])

Grundsätzlich anderer Ansicht ist Förtsch,[7]) nach dem der Konkursverwalter keinen eigenen Besitz hat[8]), sondern als Vertreter des Gemeinschuldners dessen Besitz ausübt und Cosack (Lehrbuch BGB § 193c), der den gesetzlichen Vertretern eine dem § 855 BGB entsprechende Stellung zuweist.

§ 118, 119 (alt § 108, 109).

Nach § 118 hat der Besitzer einer zur Konkursmasse gehörigen Sache die Verpflichtung, dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist von seinem Besitz Anzeige zu machen und nach § 119 haftet der Besitzer für den aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden.

Nach Petersen-Kleinfeller Anm. 1 zu § 109 alt, war unter Besitz sowohl der juristische Besitz als die bloße Innehabung[1]) zu begreifen. Zu § 119 (neuer Fassung) bemerkt derselbe: „mit Besitz ist hier sowohl der mittelbare (§ 868, 871) als der unmittelbare Besitz und die bloße Innehabung (§ 855 BGB) zu begreifen." Ebenso sagt Jäger in Anm. 12b: „Besitzer ist im Falle von Besitzabstufungen nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitzer (§ 868, 871 BGB). Nach dem Zweck und der ursprünglichen Tragweite unserer Vorschrift wird aber entgegen dem Sprachgebrauch des § 855 BGB anzunehmen sein, daß sie auch den bloßen Besitzdiener trifft."

[5]) Vgl. z. B. Jaeger A. 6. Petersen-Kleinfeller A. 1 zu § 117. Hellmann S 436. Biermann A. 4 zu § 868. Staudinger A. IV 3 zu § 868. Planck A. 2b zu § 868.

[6]) Vgl. die ausführlichen Erörterungen von Voß in der Zeitschrift für d. Deutsch. ZW 34 S. 193 f.

[7]) Gruch, Beitr. 43, S. 545 f.

[8]) Ähnlich Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 282 f.

[1]) Im Sinne des Rechts vor 1900.

Während diese beiden Autoren also auf dem Standpunkt stehen, daß durch die Novelle der Sinn des Wortes Besitz nicht berührt wurde, sagt Hellmann S. 349: „Der Begriff des Besitzes muß im Sinne des BGB verstanden werden, sodaß also auch der mittelbare Besitzer zur Anzeige verpflichtet ist, dagegen nicht der Inhaber im Sinne des § 855 BGB". Auf dem gleichen Standpunkt steht die Entscheidung des OLG Hamburg (Rechtspr. d. OLG 10 S. 212): „Die Bedeutung der Worte Sache und „Besitz" ist in der KO keine andere als im BGB, da das Gesetz vom 17. Mai 1898 die Ausdrucksweise der KO mit der des BGB in Übereinstimmung gebracht hat."

Wenn nun auch die Novelle diese Angleichung bezweckt haben mag, so ist doch diese Ansicht im Gesetz selbst nicht zu so bündigem Ausdruck gekommen, daß man genötigt wäre, ohne Rücksicht auf die ratio legis anzunehmen, daß die Terminologie des BGB in unseren Paragraphen strikte anzuwenden ist.

Wir müssen also doch wohl auf die ratio legis zurückgehen, um von hier aus zu erkennen, welche Bedeutung dem Wort Besitz in den beiden Paragraphen zukommt.

Der Zweck unserer Vorschriften liegt auf der Hand.

Es soll dadurch dem Konkursverwalter Kenntnis von den Sachen verschafft werden, die dem Gemeinschuldner gehören, deren Vermögenszugehörigkeit aber nicht durch die tatsächliche Beziehung des Gemeinschuldners zu den Sachen sichtbar hervortritt. Es kommen also die Sachen in Betracht, die nicht in dem äußerlich erkennbaren tatsächlichen Machtbereich des Gemeinschuldners sich befinden, sondern in dem eines Dritten.

Dabei sind folgende Fälle denkbar:

1. der Dritte übt die tatsächliche Gewalt über die Sache als Besitzdiener für den Gemeinschuldner aus, ohne daß die Besitzerstellung des Gemeinschuldners ohne weiteres erkennbar wäre. „Besitzer" ist der Besitzdiener nach dem Sprachgebrauch des BGB nicht, trotzdem wird man annehmen müssen, daß auch er sowohl von dem Gebot betroffen wird, an den Gemeinschuldner nichts zu verabfolgen, oder anders ausgedrückt, die Sache nicht dem Gemeinschuldner abzuliefern, als auch von der Verpflichtung, dem Konkursverwalter Anzeige davon zu machen, daß er eine dem Gemeinschuldner gehörige Sache in seiner tatsächlichen Gewalt habe.

Daß dies vom Gesetzgeber notwendig gewollt sein muß, ergibt sich einmal daraus, daß mit der Konkurseröffnung nach § 6 die

Befugnis, dem Besitzdiener auf die Sache sich beziehende Weisungen zu geben, von dem Gemeinschuldner auf den Konkursverwalter übergeht, der natürlich aber das Recht nur ausüben kann, wenn er Kenntnis davon enthält, daß die Sache zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Zum andern folgt es auch daraus, daß die Wirkung in wirtschaftlicher Hinsicht die gleiche ist, ob der Besitzdiener die Sache dem Gemeinschuldner aushändigt oder dem Konkursverwalter gegenüber verheimlicht, oder ob dies ein unmittelbarer Besitzer tut. Man muß daher annehmen, daß der Gesetzgeber für beide sachlich gleichliegende Fälle die gleichen Vorkehrungen treffen will.

2. Der normale Fall wird der sein, daß ein Dritter eine dem Gemeinschuldner gehörige Sache im unmittelbaren Besitz hat. Daß bei solcher Sachlage der unmittelbare Besitzer von den § 118/119 betroffen wird, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung.

Wie liegt es aber dann, wenn dieser unmittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht selbst ausübt, sondern durch einen Besitzdiener ausüben läßt? Trifft dann § 118/119 beide oder welchen von beiden?

Der Besitzherr ist, da der Besitzdiener seinen die Sache betreffenden Weisungen Folge zu leisten hat, jederzeit in der Lage, sich selbst die tatsächliche Gewalt über die Sache zu verschaffen. Der Besitzherr, nicht aber der Besitzdiener ist auf Grund des Besitzes dem Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners ausgesetzt, sodaß nur er in die Lage kommen wird, die Sache dem Gemeinschuldner freiwillig oder gezwungen zu verabfolgen. Dem Besitzherrn ist auch bekannt, daß die Sache von dem Gemeinschuldner herrührt. Es ist deshalb durchaus notwendig, daß sich der offene Arrest gegen den Besitzherrn richtet und es erscheint auch nicht unbillig, daß ihm die Verpflichtung zur Anzeige mit der Schadenersatzfolge des § 119 auferlegt wird.

Bedenkt man aber dagegen, daß der Besitzdiener als solcher keinerlei rechtliche oder tatsächliche Beziehungen zu dem Gemeinschuldner hat und daher von sich aus keinen Anlaß hat, die Sache an den Gemeinschuldner zu verabfolgen, und daß noch dazu meist der Besitzdiener gar nicht wissen wird, in wessen Eigentum die Sache steht, so wird man zu dem Schlusse kommen müssen, daß der Gesetzgeber die Wirkungen des § 118 und besonders die des § 119 nicht auf den Besitzdiener eines dritten Besitzers ausdehnen will. Es ist dies auch ohne Bedenken, weil der Besitzherr selbst von der offenen Arrest- und Anzeigepflicht betroffen wird.

Weiterhin ist auch noch möglich, daß der Besitzmittler des Gemeinschuldners seinen unmittelbaren Besitz unter Erhaltung des mittelbaren Besitzes auf einen anderen weiter überträgt, der dann den unmittelbaren Besitz für ihn ausübt.

Auch hier wird wieder zu prüfen sein, ob sich § 118/119 gegen beide richtet oder gegen welchen von beiden.

Ebenso wie vorhin der Besitzherr steht hier in direkten rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen zum Gemeinschuldner als dem mittelbaren Besitzer zweiten Grades nur der nunmehrige mittelbare Besitzer ersten Grades. Gegen *ihn* richtet sich der Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners und er weiß auch naturgemäß, daß die Sache dem Gemeinschuldner gehört. Es ist deshalb *notwendig*, daß er von dem offenen Arrest betroffen wird, und auch die Anzeigepflicht kann ihm wohl zugemutet werden.

Anders liegt die Sache bei dem unmittelbaren Besitzer. Gegen ihn richtet sich nicht der Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners, sondern nur der des mittelbaren Besitzes ersten Grades. Er kann also, solange der Besitz des letzteren dem Gemeinschuldner gegenüber zu Recht besteht, nur an ihn leisten und es besteht daher keine Notwendigkeit, dem Besitzmittler ausdrücklich zu verbieten, die Sache an den Gemeinschuldner als den mittelbaren Besitzer zweiten Grades auszufolgen. Ebenso erscheint neben der bestehenden Anzeigepflicht des mittelbaren Besitzers ersten Grades eine Anzeigepflicht des unmittelbaren Besitzers nicht notwendig, dazu kommt daß sie in vielen Fällen unpraktisch wäre, weil das Eigentum des Gemeinschuldners an der Sache dem unmittelbaren Besitz nicht bekannt ist.

Daher erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß die §§ 118/119 sich *nicht* auf den Besitzmittler zweiten Grades beziehen.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergibt sich, daß das Wort Besitz nicht im technischen Sinne des BGB gebraucht ist, sondern, daß als *Besitzer* im Sinne dieser Vorschriften gilt einmal der Besitzdiener des Gemeinschuldners und dann derjenige mittelbare oder unmittelbare Besitzer einer zur Konkursmasse gehörigen Sache, gegen den der Gemeinschuldner einen direkten Anspruch auf Herausgabe hat, oder ganz allgemein ausgedrückt, jeder, der sein direktes oder indirektes tatsächliche Verhältnis zu einer zur Konkursmasse gehörigen Sache unmittelbar auf den Gemeinschuldner zurückführt.

Das Ergebnis entspricht durchaus der ratio legis, denn in jedem Fall, in dem eine dem Gemeinschuldner gehörige Sache nicht in dessen tatsächlichen Machtbereich sich befindet, besteht eine Anzeigepflicht eines Dritten. Andererseits werden durch unsere Auslegung Personen von den Wirkungen des § 118 119 befreit, die tatsächlich in den meisten Fällen zur Erfüllung der Anzeigepflicht gar nicht im Stande sind, weil sie gar nicht wissen, daß die Sache dem Gemeinschuldner gehört und deren Anzeige noch dazu überflüssig wird dadurch, daß eben schon ein anderer anzeigepflichtig ist.[2])

§ 120. (alt 110)

§ 120 legt denjenigen Gläubigern, die abgesonderte Befriedigung aus einer in ihrem Besitz befindlichen Sache beanspruchen, die Verpflichtung auf, dem Verwalter auf dessen Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und die Abschätzung derselben zu gestatten.

Aus der Verpflichtung des Vorzeigens ergibt sich sofort, daß das Gesetz zunächst nur die Gläubiger im Auge haben kann, die die Sache in ihrer tatsächlichen Gewalt haben, weil ohne eine solche ein Vorzeigen nicht möglich ist. Daraus würde folgen, daß unter Besitz in unseren Paragraphen regelmäßig der unmittelbare Besitz gemeint ist.[1])

Wie ist es aber dann, wenn der Gläubiger nicht selbst die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, sondern durch einen Besitzdiener ausüben läßt? Sollte dadurch die Vorzeigungspflicht des Gläubigers beseitigt und der Konkursverwalter auf dem Weg der Klage nach § 809 f. BGB gegen den Besitzdiener gedrängt werden?

Das wird man wohl kaum annehmen können. Denn auch hier unterliegt der Gläubiger, dessen Wille allein über die tatsächliche Verfügung über die Sache entscheidet, dem Anspruch aus § 120. Kommt er daher dem Verlangen des Konkursverwalters nicht durch eine entsprechende Anweisung an den Besitzdiener nach, so kann der Verwalter aus § 120 gegen ihn klagen und auf Grund des so ge-

[2]) Das Ergebnis erscheint auch schließlich noch insofern als unbedenklich, als bei doloser Verheimlichung von Sachen, die zur Konkursmasse gehören, die Strafbestimmung des § 242 KO eingreift.

[1]) Eine Besitzdienerstellung nach § 855 BGB, die ja auch die tatsächliche Möglichkeit des Vorzeigens gewährt, wird für einen Gläubiger, der aus der Sache abgesonderte Befriedigung verlangen kann, wohl nicht in Betracht kommen.

wonnenen Titels seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 887 ZPO) ohne Rücksicht auf den Besitzdiener durchführen.

Nun ist aber auch möglich, daß der ein Absonderungsrecht geltendmachende Gläubiger nur den mittelbaren Besitz an der Sache hat, während ein Dritter als unmittelbaren Besitzer ihm den Besitz vermittelt. Er hat z. B. die Sache in Verwahrung gegeben oder ein Nutzpfand (§ 1213 BGB) vermietet. Solange dieses Besitzverhältnis dauert, ist der Gläubiger sowohl tatsächlich wie rechtlich nicht im Stande dem Konkursverwalter die Sache vorzuzeigen. Denn er hat kein Recht, in den tatsächlichen Machtbereich des unmittelbaren Besitzers einzugreifen. Ein Anspruch auf Vorzeigung nach § 120 KO kann also während dieser Zeit gegen den Gläubiger nicht geltend gemacht werden, er versagt aber auch gegenüber dem Besitzmittler, weil dieser ja kein Gläubiger ist, der einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung erhebt. Der Konkursverwalter wäre daher auf die Klage aus § 809 f. BGB beschränkt, die seine Stellung gegenüber der Klage aus § 120 KO insofern erschwert, als er das Interesse an der Besichtigung nachweisen muß.

Bei dieser Sachlage erscheint es als eine berechtigte Auslegung des § 120, wenn man aus der Vorschrift die allgemeine Bestimmung herausließt, daß der Gläubiger, soweit es ihm in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung billigerweise zugemutet werden kann, verpflichtet ist, zur Erfüllung des Anspruchs aus § 120 beizutragen. Was ihm nun bei den gegebenen Verhältnissen wohl zugemutet werden kann, das ist, daß er dem Besitzmittler erklärt, daß er mit der Vorlegung einverstanden ist. Tut er dies, so wird eine Weigerung des Besitzmittlers, die Sache auf Verlangen dem Konkursverwalter vorzulegen, kaum praktisch werden. Sollte es trotzdem vorkommen, so kann sich der Besitzmittler wenigstens nicht darauf berufen, daß er als Besitzmittler ohne Zustimmung des mittelbaren Besitzers nicht ohne weiteres berechtigt sei, die Sache vorzuzeigen.

Wir kommen also zu dem Schlusse, daß § 120 unter Besitz regelmäßig den unmittelbaren Besitz versteht, daß aber auch der mittelbare Besitzer von den Wirkungen des § 120 betroffen wird.

Die Kommentare enthalten darüber nichts.

§ 237 (alt 207).

Der § 237 enthält die Bestimmung, daß gegen einen Schuldner, über dessen Vermögen im Ausland der Konkurs eröffnet worden ist, trotzdem im Inland mit Einzelvollstreckung vorgegangen

werden kann, was bei einem inländischen Konkurs nach § 14 KO ausgeschlossen ist.

Eine Sonderzwangsvollstreckung im Inland hat aber naturgemäß nur einen Zweck und ist nur möglich, wenn sich Vermögensstücke des Schuldners im Inland befinden.

Die Voraussetzung spricht nun der § 237 ausdrücklich aus, indem er sagt: „Besitzt ein Schuldner . . . Vermögensgegenstände im Inland, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig."

Daraus ergibt sich klar, daß das Wort besitzen nicht im juristisch-technischen Sinn gebraucht sein soll. Es soll damit nicht die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung auf ein bestimmtes Besitzverhältnis des Schuldners zur Sache abgestellt werden, ein Erfordernis, das der ZPO gegenüber ein novum bedeuten würde, sondern es soll eben nichts weiter gesagt werden, als daß das Vermögensstück des Schuldners sich im Inland befinden muß, weil im andern Falle ein Zugriff in Deutschland nicht möglich ist.[1])

[1]) Allgemeine Meinung. So sagt z. B. v. Völderndorff A. a zu § 207 (alt): Das Wort „besitzt" wird hier nicht im juristischen, sondern im landläufigen Sinn gebraucht und bedeutet eigentlich „im Eigentum haben"; oder Jaeger A. II zu § 237: „Der Ausdruck „besitzt" ist untechnisch gebraucht." Hellmann S. 648 und Petersen-Kleinfeller A. zu § 237 sprechen von dem „im Inland befindlichen" Vermögen.

Zusammenfassende Würdigung.

Zur besseren Übersicht seien die bei den einzelnen Vorschriften gewonnenen Ergebnisse kurz zusammengestellt:

I. Mit Besitz zusammenhängende Ausdrücke verwendet:

a. die Zivilprozeßordnung in folgenden Vorschriften:

§ 6: Besitz = jedes tatsächliche Verhältnis zu einer Sache oder zu einem Recht, das nach dem zu Grunde liegenden materiellen Recht Gegenstand einer Klage sein kann.

§ 26: Besitzer = jedes tatsächliche Verhältnis zu einer unbeweglichen Sache, das nach dem maßgebenden materiellen Recht zu einer persönlichen Klage den Inhaber der tatsächlichen Gewalt passiv legitimiert.

§ 143, 424 Nr. 4, 426: Besitzer = derjenige, der die tatsächliche Gewalt über die Urkunde entweder schon hat oder sich ohne weiteres verschaffen kann (also im Sinne des BGB der unmittelbare Besitzer und der mittelbare Besitzer, wenn der Besitzmittler zum mittelbaren Besitz nur verpflichtet, nicht aber berechtigt ist).

§ 266: Besitzer = Eigentümer.

§ 755: Besitz = die tatsächliche Gewalt in dem eingeschränkten Sinn des Beisichtragens.

§ 777: Besitz = jedes, dem maßgebenden materiellen Recht zur Begründung eines Pfandrechts genügende tatsächliche Verhältnis zur Sache.

§ 805: Besitz = jedes unmittelbare oder mittelbare tatsächliche Verhältnis zur Sache, das selbständigen Besitzesschutz erfährt.

§ 808: Besitz = unmittelbare tatsächliche Alleinherrschaft.

§ 831: Besitz = unmittelbare tatsächliche Alleinherrschaft.

§ 883: besitzen = in unmittelbarer tatsächlicher Herrschaft haben.

§ 885: Besitz = unmittelbare tatsächliche Herrschaft.

§ 76, 325 und 727: = verweisen auf das mittelbare Besitzverhältnis des BGB und übernehmen mit dem Ausdruck auch den Begriff.

§ 24: Besitzklage = jede Klage, die sich auf ein tatsächliches Verhältnis zu einer Sache oder auf die nach materiellem Recht mit den Mitteln des Besitzeschutzes zu schützende Ausübung eines Rechts gründet.

§ 27: Erbschaftsbesitzer = der Ausdruck und der Begriff ist dem BGB entlehnt, ohne jedoch damit die Anwendung des § 27 auf das materielle Recht des BGB zu beschränken.

§ 979: Eigenbesitzer = Ausdruck und Begriff ist dem BGB entlehnt, die Anwendbarkeit der Vorschrift beschränkt sich auf ein Verfahren nach § 927 BGB.

Was lehrt uns nun diese Zusammenstellung?

Zunächst ist unverkennbar, daß von einer einheitlich durchgeführten Terminologie keine Rede sein kann.

Vor allem fällt hier der § 266 auf, der ganz untechnisch das Eigentumsrecht mit Besitz bezeichnet. Aber auch § 755 sieht von der besitzrechtlichen Frage ganz ab und bezeichnet mit „Besitz" ein tatsächliches Verhältnis im engsten Sinn. Ähnlich legen die Paragraphen 143, 424 Nr. 4 und 426 das Hauptgewicht auf die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit, was zur Wirkung hat, daß eine Angleichung an das System des BGB unmöglich wird.

Die §§ 6, 24, 26, 775, 805, 831, 883 u. 885 setzen zwar ein tatsächliches Verhältnis voraus, das besitzrechtlichen Schutz genießt. Trotzdem fehlt auch hier eine Einheitlichkeit des Begriffs, weil bei jedem Paragraphen noch besondere Voraussetzungen hinzutreten und außerdem noch die verschiedensten materiellen Gesetze eine maßgebende Rolle spielen können. Auf diesem Wege kommt die von dem BGB geschaffene Regelung des Besitzbegriffs mittelbar auch in der ZPO zur Geltung.

Eine besondere Stellung nehmen die §§ 27, 76, 225, 727, 979 ein. Bei ihnen hat die Reichsgesetzgebung von 1900 einen unmittelbaren Einfluß gehabt insofern, als die Novelle 98 die vom BGB geschaffenen technischen Ausdrücke in die genannten Paragraphen eingesetzt hat mit der Maßgabe, daß sie auch in dem ihnen dort gegebenen Sinn zu verstehen sind. Dagegen war damit, von § 979 abgesehen, nicht beabsichtigt, die Vorschriften in ihrer Anwendbarkeit auf das materielle Recht des BGB zu beschränken.

Das letztere trifft nur bei dem § 979 ZPO zu, der zu einer Gruppe von Bestimmungen gehört, die zur prozessualen Ausführung

des § 927 BGB ausdrücklich neu aufgestellt und der ZPO eingefügt ist.

Zwischen den Besitzbegriffen des BGB und denen der ZPO besteht also nur in den §§ 27, 76, 325, 727 und 979 ein unmittelbarer Zusammenhang.

b. bei dem Zwangsversteigerungsgesetz ergeben die einschlägigen Stellen folgendes Bild:

§ 55: Besitz = jedes unmittelbare und mittelbare tatsächliche Gewaltverhältnis zu einer Sache, das besitzrechtlichen Schutz genießt.

§ 93: Besitz = nur das unmittelbare tatsächliche Gewaltverhältnis, zu einer Sache, das besitzrechtlichen Schutz genießt.

§ 150, 151: Besitz = nur das unmittelbare tatsächliche Gewaltverhältnis zu einer Sache, das besitzrechtlichen Schutz genießt.

§ 181: Besitz: = nur das unmittelbare tatsächliche Gewaltverhältnis zu einer Sache, das besitzrechtlichen Schutz genießt.

§ 187: Eigenbesitzer = jeder, der eine unmittelbare oder eine mittelbare, besitzrechtlich geschützte tatsächliche Gewalt wie ein Eigentümer über das Grundstück ausübt.

Die Ausdrucksweise des ZVG ist, wie aus der Zusammenstellung hervorgeht, eine einheitliche insoweit, als mit Besitz nur besitzrechtlich geschützte tatsächliche Verhältnisse bezeichnet werden. Allerdings wird, wie im BGB, das unmittelbare und das mittelbare tatsächliche Gewaltverhältnis ohne weitere Unterscheidung mit Besitz bezeichnet, sodaß bei den einzelnen Vorschriften die Untersuchung nicht erspart bleibt, ob auch beide Besitzarten gemeint sind.

Welches tatsächliche Gewaltverhältnis Besitzesschutz genießt, ist nicht dem ZVG, das sich darüber ausschweigt, sondern dem maßgebenden materiellen Recht zu entnehmen.

Maßgebend ist aber hier das Recht der belegenen Sache, also daß es sich um ein deutsches Prozeßrecht handelt, das BGB. Dadurch wird, wenn auch nur mittelbar, eine Übereinstimmung der Besitzbegriffe des ZVG mit denen das BGB bewirkt.

Unmittelbar übernimmt den Begriff des BGB der § 147, der von dem in § 872 BGB aufgestellten Sonderbegriff des Eigenbesitzes Gebrauch gemacht.

c. die Konkursordnung verwendet den Ausdruck Besitz an folgenden Stellen:

§ 117: Besitz = unmittelbare, selbständig geschützte tatsächliche Gewalt.

§ 118/119: Besitzer = jeder, der sein direktes oder indirektes tatsächliches Verhältnis zur Sache unmittelbar auf den Gemeinschuldner zurückführt mit Einschluß der nicht besitzrechtlich geschützten tatsächlichen Gewalt im Sinne des § 855 BGB.

§ 120: Besitz = unmittelbare und mittelbare selbständig geschützte Gewalt über eine Sache.

§ 237: Besitzen = haben.

Die KO ergibt ein ähnliches Bild wie die ZPO. Denn auch die KO gebraucht an einer Stelle, in § 237, den Ausdruck „besitzen" in untechnischen Sinn. An anderen Stellen, in § 118, 119, soll zwar mit „besitzen" auf tatsächliche Beziehungen zu Sachen hingewiesen werden, aber es werden auch solche Beziehungen mitumfaßt, die von dem materiellen Recht eines selbständigen Schutzes nicht gewürdigt werden.

Streng technisch gebraucht ist der Ausdruck Besitz in § 117 und 120, die aber unter sich insofern abweichen, als ersterer nur die unmittelbare tatsächliche Beziehung im Auge hat, während letzterer auch auf eine mittelbare tatsächliche Beziehung (wenn auch nur modifiziert) Anwendung findet.

Von einer einheitlich durchgeführten Terminologie in Bezug auf den Ausdruck „Besitz" kann als auch in der KO in keiner Weise gesprochen werden.

Die Reichsgesetzgebung von 1900 hat eine unmittelbare Wirkung in dieser Richtung nicht geäußert, da die Nov. 98 die in Betracht kommenden Stellen unberührt gelassen hat.

Wohl aber kommen die Besitzbegriffe des BGB dadurch, daß auch die KO es dem materiellen Recht überläßt, zu bestimmen, welche tatsächlichen Beziehungen zu einer Sache eines selbständigen Schutzes bedürftig seien, mittelbar dort zur Anwendung, wo die KO ein Besitzverhältnis im technischen Sinn voraussetzt, also bei § 117, 120 und zum Teil bei 118, 119.

II. Neben dem Ausdruck Besitz kennt sowohl die ZPO wie die KO den Ausdruck Gewahrsam und zwar an folgenden Stellen:

ZPO § 808 = jedes unmittelbare tatsächliche Gewaltverhältnis über eine Sache, ohne Rücksicht auf seine besitzrechtlichen Folgen,

ZPO § 809 & 886 = nur das selbständig geschützte unmittelbare Gewaltverhältnis über eine Sache,

KO § 44 = jedes unmittelbare tatsächliche Gewaltverhältnis über eine Sache, ohne Rücksicht auf seine besitzrechtlichen Folgen.

Es fehlt also auch hier an einer einheitlichen Ausdrucksweise. Die beiden Gesetze verbinden vielmehr mit dem gleichen Ausdruck zwei nach dem Besitzrecht in schroffem Gegensatz zu einander stehenden Begriffe.

Das Bild, das wir aus den vorstehenden Untersuchungen gewonnen haben, ist alles andere als erfreulich.

Den Ansprüchen, die wir heute an den Gesetzgeber in Bezug auf die Durchführung einer einheitlichen Terminologie zu stellen gewöhnt sind, wird nur das ZVG gerecht.

Die ZPO und die KO weisen dagegen erhebliche Mängel in dieser Hinsicht auf. Ganz abgesehen davon, daß sie für begrifflich in Zusammenhang stehende Tatbestände zwei Termini verwenden (Besitz und Gewahrsam), gebrauchen sie auch noch die einzelnen Ausdrücke in den verschiedensten Bedeutungen, ja in einzelnen Fällen durchaus untechnisch.

Bei der ZPO wird diese Ungleichmäßigkeit noch dadurch verstärkt, daß die Novelle 98 bei einem Teil der in Betracht kommenden Vorschriften Änderungen vorgenommen hat, um sie mit der vom BGB geschaffenen Ausdrucksweise in Einklang zu bringen, während sie die Ausdrücke in den andern Vorschriften unberührt stehen ließ